

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
Faculdade de Direito

**A BOA-FÉ OBJETIVA E A RESPONSABILIDADE PELA
RUPTURA INJUSTIFICADA DAS NEGOCIAÇÕES
CONTRATUAIS**

Cirilo Milak

Curitiba
2004

CIRILO MILAK

**A BOA-FÉ OBJETIVA E A RESPONSABILIDADE PELA
RUPTURA INJUSTIFICADA DAS NEGOCIAÇÕES
CONTRATUAIS**

Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção de título de Bacharel
em Direito pela Universidade Federal do
Paraná.

Orientador: Professor Doutor Eroulths
Cortiano Junior.

**Curitiba
2004**

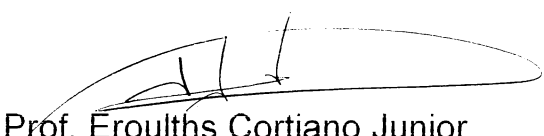
TERMO DE APROVAÇÃO

CIRILO MILAK

***A BOA-FÉ OBJETIVA E A RESPONSABILIDADE PELA RUPTURA
INJUSTIFICADA DAS NEGOCIAÇÕES CONTRATUAIS***

MONOGRAFIA APROVADA COM REQUISITO PARCIAL PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE BACHAREL EM DIREITO, NA FACULDADE DE DIREITO, SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ, PELA BANCA EXAMINADORA FORMADA PELOS PROFESSORES:

Orientador:



Prof. Eroulths Cortiano Junior
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR



Prof. José Antonio Peres Gediel
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR



Prof. Antonio Alves do Prado Filho
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

Curitiba, 20 de outubro de 2004.

Dedico este trabalho aos meus queridos pais, por todo apoio recebido e pela confiança em mim depositada.

SUMÁRIO

RESUMO	iv
1 INTRODUÇÃO	01
2 O INSTITUTO JURÍDICO DA BOA-FÉ OBJETIVA	
– Origem e Desenvolvimento	05
2.1 A Boa-Fé no Direito Romano	05
2.2 Boa-fé no Direito Canônico	08
2.3 A Boa-fé no direito germânico – Solidificação do conceito da Boa-fé Objetiva	09
2.4 A Boa-Fé Objetiva	10
3 CULPA IN CONTRAHENDO – A Origem da Responsabilidade	
Pré-Contratual	15
3.1 A origem da <i>culpa in contrahendo</i>	15
3.2 Culpa in contrahendo – uma visão a partir da boa-fé	19
3.2.1 O tratamento jurisprudencial na Alemanha – o surgimento de um novo entendimento	19
3.2.2 A boa-fé como base da <i>culpa in contrahendo</i>	21
4 RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL –	
Uma abordagem atual	26
4.1 A natureza da responsabilidade pré-contratual	26
4.1.1 A responsabilidade pré-contratual como responsabilidade de natureza contratual e sua crítica	27
4.1.2 A responsabilidade pré-contratual como responsabilidade de natureza extracontratual e sua crítica	30
4.1.3 A responsabilidade pré-contratual como responsabilidade <i>sui generis</i>	32
4.1.4 A terceira espécie de responsabilidade: responsabilidade pré-contratual	33
4.2 Responsabilidade pela ruptura injustificada das negociações contratuais	40
4.2.1 Noção	40
4.2.1 Requisitos e fundamentos da responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais	45
4.2.2 Configuração da responsabilidade pela ruptura injustificada das negociações contratuais	49
4.2.2.1 Existência de verdadeiras negociações	49
4.2.2.2 A culpa como inobservância do princípio da boa-fé objetiva	51
4.2.3 Caso típico tratado no Direito Brasileiro	63
5 CONCLUSÃO – A importância da boa-fé objetiva	
no estudo da responsabilidade pré-contratual	66
BIBLIOGRAFIA	68

RESUMO

Este trabalho tem o objetivo de realizar um estudo sobre a importância da boa-fé objetiva nas relações pré-contratuais, enfatizando a necessidade de responsabilização pela ruptura injustificada das negociações contratuais. Como abordado no presente estudo, tais rupturas ocorrem comumente pela quebra da boa-fé objetiva, princípio que norteia o comportamento dos contraentes nas diversas fases do contrato, visto como um processo, tendo importância fundamental na fase pré-contratual.

Assim, tem o presente trabalho o especial desejo de atentar para a questão da quebra da boa-fé objetiva na fase das tratativas contratuais, com a conseqüente necessidade de reparação por eventuais danos causados a parte que confiou na concretização das referidas negociações.

O trabalho está dividido em quatro capítulos básicos, sendo o primeiro destinado a um estudo sobre o instituto da boa-fé objetiva, destacando-se seus principais pontos, e enfatizando sua natureza função. O segundo capítulo destaca a figura da *culpa in contrahendo*, precursora da responsabilidade pré-contratual, sendo destacada sua origem e desenvolvimento principalmente em países como Alemanha. O terceiro capítulo trata da responsabilidade pré-contratual como é vista hodiernamente na maioria dos países. Neste capítulo são destacadas as espécies de responsabilidade civil, quais sejam, a contratual, a extracontratual, e a figura, ainda pendente de maciça aceitação, da responsabilidade pré-contratual. Além disso, agora mais especificamente no campo da responsabilidade pela ruptura injustificada das relações contratuais, espécie de responsabilidade pré-contratual, são destacados seus aspectos e requisitos fundamentais, destacando-se a existência do instituto da confiança que é o principal caracterizador da responsabilidade pela ruptura injustificada das relações contratuais.

O estudo termina por ressaltar, baseado em tudo o que foi exposto, a fundamental importância da boa-fé objetiva no estudo da responsabilidade pela ruptura injustificada das relações contratuais, apontando a intrínseca relação existente entre ambas e o crescente interesse que vem despertando tanto na doutrina quanto na jurisprudência brasileira.

Agradeço ao Professor Doutor Eroulths Cortiano Junior pela orientação realizada, sem a qual este trabalho não realizar-se-ia.

Agradeço também à Jovanka, pelo apoio e incentivo.

1 – INTRODUÇÃO

Sempre que alguém sofre um dano em virtude de fato de outrem, ao seu causador é imputada uma responsabilização civil. Esta responsabilização pode normalmente ser classificada em duas espécies: a responsabilização dita extracontratual, decorrente de fato ocorrido entre pessoas que não mantinham qualquer espécie de relação jurídica de natureza contratual, e a responsabilização dita contratual, decorrente de dano causado na esfera da relação contratual existente entre as partes.

A diferença existente entre as duas formas é latente. Enquanto a extracontratual o dano normalmente decorre da conduta realizada pelo agente, atingindo a esfera jurídica de outrem, com quem não detinha nenhuma espécie de relação, a contratual decorre normalmente da quebra de um contrato, ou dos deveres dele decorrentes, como os de proteção, informação, sigilo e cuidado, decorrentes de qualquer contrato e que, normalmente não estão expressamente previstos.

Tais deveres, como o Código Civil de 2002 traz expressamente em seu artigo 422¹, são os componentes básicos do princípio boa-fé objetiva.

Conforme assevera Régis Fichtner Pereira², *“Não é somente a simples existência do compromisso da prestação a ser cumprida que distingue a responsabilidade civil contratual da extracontratual, mas também por tudo que há por trás do fato de as partes terem se unido no contrato para obterem uma finalidade”*.

¹ “Art. 422 – Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”.

² PEREIRA, Régis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pág. 100.

Estas idéias, aliadas a um vazio legislativo existente sobre a matéria, dão asas a uma terceira espécie de responsabilidade civil. A dita responsabilidade civil pré-contratual. Referida espécie, ainda não totalmente aceita pela doutrina, trata da responsabilização que pode ou deve ser imputada a quem cause danos a outrem durante o período das tratativas, onde ainda não há vínculo jurídico contratual entre as partes. Em outras palavras, não há, ainda, obrigação a ser cumprida por nenhuma das partes.

A necessidade de se indicar uma terceira espécie de responsabilização se deve ao fato de que a responsabilidade extracontratual não é capaz de oferecer soluções satisfatórias para a resolução dos danos causados na fase das negociações contratuais.

Isto porque, nesta fase, a relação existente entre as partes não é mais a mera relação social existente entre quaisquer pessoas, que vem a caracterizar o campo de atuação da responsabilidade extracontratual. O contato³ desenvolvido entre as partes com a finalidade de discutirem as bases de um futuro contrato é tido como um “*contato qualificado*”⁴.

Isto também não quer significar que aqui se defenda a limitação da liberdade contratual dos indivíduos. O que se pretende é tão somente uma regulação da forma exata de mensuração de eventuais danos causados pelas partes no âmbito das tratativas com vistas à realização de um contrato. Neste sentido é o entendimento dos doutrinadores argentinos, Ruben S. Stiglitz e Gabriel A. Stiglitz, no livro *Responsabilidad Precontractual*:

“En el trayecto inicial del ‘iter’ negocial, la rectitud, la honestidad, la corrección y la lealtad deben presidir las tratativas. Ello no supone que la observancia de tal comportamiento implique un desmedro a los intereses legítimos de las partes. Lo que se pretende, es que el ejercicio del derecho de ‘no contratar’, sea

³ Sobre contato social, SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976. pág. 89, verbis: “Juridicamente, o conceito é explicado por outras razões que não militam no plano sociológico, pois aparece para justificar o nascimento de direitos e obrigações, quando não existe contrato. abrange através de nova formulação, as hipóteses que comumente se classificam como de ‘*culpa in contrahendo*’.”

⁴ PEREIRA, Régis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual...**, op. cit. pág. 101.

*cabalmente funcional y no importe un abuso. A lo que se aspira es que el interés jurídico protegido – la libertad contractual –, lo sea a favor de conductas útiles, respetuosas y consideradas, aun cuando, al cabo, no se logre el perfeccionamiento del contrato*⁵.

Regis Fichtner Pereira, por sua vez, entende que a fase pré-contratual não estaria abrangida pela responsabilidade extracontratual: *“Embora não haja ainda relação jurídica contratual – afastando a cogitação de responsabilidade civil contratual – entre as partes há, não obstante, deveres jurídicos qualificados, que fazem surgir entre elas uma relação jurídica especial, cuja configuração afasta os preceitos da responsabilidade civil extracontratual”*⁶.

Assim surge esta terceira espécie de responsabilidade civil, a pré-contratual, que pode ocorrer em quatro situações típicas: a) em havendo uma ruptura injustificada das negociações contratuais; b) quando durante o transcorrer das negociações um dos contratantes venha a causar danos a pessoas ou aos bens de outro contraente; c) no caso de ocorrer o estabelecimento de um contrato nulo ou anulável, sendo que um dos contraentes conhecia o vício existente e o omitiu; d) quando mesmo instaurada a relação jurídica contratual das negociações preparatórias tenham surgido danos a serem indenizados⁷.

O conceito mais importante para que se possa caracterizar com exatidão os limites da responsabilidade pré-contratual, é o da boa-fé objetiva. Tal conceito como já ficou evidente nas linhas acima, é o delineador da responsabilidade contratual, pré-contratual e pós-contratual⁸. É através da sua aplicação aos casos práticos que se torna possível a responsabilização de alguém pelos danos que por ventura venha a causar à contraparte.

⁵ STIGLITZ, Ruben S. y STIGLITZ Gabriel A. **Responsabilidad precontractual**: incumplimiento del deber de información. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, pág. 10.

⁶ PEREIRA, Régis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual...** op. cit, pág. 101.

⁷ PEREIRA, Régis Fichtner. Idem, pág.102-103.

⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Comentários sobre o projeto do Código Civil Brasileiro**. Brasília: CJF, 2002.

Este trabalho visa, no entanto, uma análise mais aprofundada de apenas uma das hipóteses de responsabilidade pré-contratual, qual seja, a responsabilidade pela ruptura injustificada das negociações contratuais, mais especificamente, a importância e a relação do princípio da boa-fé objetiva com a aludida espécie de responsabilidade pré-contratual, proporcionando uma visão atual de ambos os institutos.

2 – O INSTITUTO JURÍDICO DA BOA-FÉ OBJETIVA – Origem e Desenvolvimento.

O instituto jurídico da boa-fé objetiva possui relevante influência na aferição da responsabilidade pré-contratual. De igual relevância, portanto, é o seu estudo dentro no presente trabalho.

Para um melhor entendimento da boa-fé objetiva, como ela é tratada nos dias de hoje, faz-se necessária um regresso às origens do instituto da boa-fé, a fim de caracterizar com precisão a real influência deste instituto no campo pré-negocial.

Assim, a rápidas passadas, analisa-se, nos dizeres de Judith Martins-Costa, a tríplice raiz da boa-fé: a boa-fé no direito romano, a boa-fé na cultura germânica e a boa-fé no direito canônico.

2.1 – A Boa-Fé no Direito Romano.

O instituto jurídico da boa-fé tem sua origem no mundo romano, segundo historiadores, desde a fundação de Roma, vindo de uma tradição recolhida por Dionísio de Halicarnasso⁹, sendo constituída sobre a base lingüística e conceitual da *fides* romana, expressão criada pelo Pretor, com um sentido técnico-jurídico, que no transcorrer da evolução passou a chamar-se *fides bona*, ainda configurando-se apenas como um respeito ao direito escrito. Um exemplo disto, no campo dos contratos, foi a expressa referência à *fides* no primeiro tratado existente entre Roma e Cartago, onde estava inserida a regra segundo a qual cada uma das partes contratantes “*prometia sobre a própria fé – publica fides, ou seja, sobre a fé que liga a coletividade ao respeito das relações livremente pactuadas*”.

⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: Sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999. pág. 111.

Com o passar do tempo, dado a preocupação romana em resolver os problemas dando maior ênfase à prática, nasce o instituto da *fides bona iudicia*, que seria uma cláusula inserida na fórmula do pretor que concede ao iudex maior flexibilidade na apreciação e julgamento de certas causas. Uma regra que, segundo Menezes Cordeiro, utilizada por um juiz, significaria, em termos não jurídicos, algo como “*decida esta causa sem se ater ao formalismo habitual, antes tendo em conta a ausência de dolo das partes, o que elas efectivamente combinaram, o que já tenha sido decidido sobre o mesmo assunto, observando ainda se quem pede não deve, se não houve despesas específicas advenientes da duração da causa*”¹⁰.

Estaria com isso configurada uma *boa-fé em sentido objetivo*, algo que permitia ao juiz julgar certos casos não se baseando tão somente no fato central, mas também em fatores externos de alguma forma ligados ao fato.

Contudo, como assevera Judith Martins-Costa¹¹, acerca do conceito de boa-fé, “*uma complexa série de fatores levará ao enfraquecimento da sua aceção técnica e objetiva. Entre estes estará o sentido moral que será atribuído à boa-fé, talvez por influência da filosofia estoica, uma vez que a perda daquele significado irá se fazer sentir fortemente na época de Cícero.*”

O que se observou no período, foi que a noção de *fides* passou a ser utilizada reiteradas vezes, traduzindo situações jurídicas diversas, e expressando princípios gerais, sem uma separação evidente de outros princípios, o que a levou a estar presente em todo lugar. Estando-se, porém, isolada, pouco significava. Este fenômeno foi descrito por Menezes Cordeiro como sendo uma “*diluição*”¹².

¹⁰ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **A boa-fé no direito civil**: Dissertação de doutoramento em ciências jurídicas na faculdade de direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Livraria Almedina, 1984, pág. 100-101.

¹¹ MARTINS-COSTA, Judith, **A boa-fé no direito privado...** op. cit, pág. 122.

¹² Na visão de Menezes Cordeiro, “*um conceito diz-se diluído quando, nos mesmos período (sic) histórico e ordem jurídica, seja repetidamente utilizado para traduzir situações jurídicas diferentes e, ainda, para expressar princípios gerais, sem separação clara de outros princípios. Está em toda parte e, quando isolado, pouco quer dizer.*” (**Da boa-fé no direito civil**, op. cit. pág.128)

A diluição ocorrida com o conceito de boa-fé, segundo Menezes Cordeiro, ocorreu de duas formas: a difusão horizontal e a difusão vertical. *“Na difusão horizontal uma expressão qualitativa de instituto jurídico concreto passa a designar, também, um instituto jurídico diferente”*¹³, assim, *“no domínio negocial, a noção de fides bona passa, ‘horizontalmente’ ao campo dos direitos reais, notadamente em matéria de usucapião, transmudando seu significado: de expediente técnico utilizado pelo pretor para decidir as causas tendo em conta todas as circunstâncias vinculadas ao litígio, a expressão passa a adquirir um diverso significado, considerando-se a intenção ou o estado de ignorância do beneficiário da usucapião”*¹⁴.

No caso da usucapião, por exemplo, o instituto da boa-fé *“não projeta quaisquer normas jurídicas, sendo apenas um elemento fático extrajurídico”*¹⁵, o faz com que obtenha um sentido totalmente diferente daquele retirado dos *‘bonae fidei iudicia’*. Atualmente esta distinção pode ser facilmente verificada no direito brasileiro, como por exemplo, a boa-fé tratada pelo art. 490 do Código Civil de 1916, não é a mesma de que trata o art. 51, IV do Código de Defesa do Consumidor.

A difusão vertical, por sua vez, revela-se quando *“a expressão qualitativa de um instituto jurídico concreto comunica-se a um princípio de Direito, passando também a traduzi-lo.”*¹⁶. Neste caso, portanto, a *bona fides* não se transporta a outro setor, mas sim dentro do próprio setor do direito das obrigações, com a *aequitas*, que vem a ser o comando de interpretação dirigido ao juiz, refletindo, desta maneira, a conotação de ‘justiça concreta’, o que viria modernamente a ser entendido como uma das acepções do princípio da boa-fé¹⁷.

O direito canônico, no entanto, trouxe alguma influência no entendimento da boa-fé do direito romano. É o que será analisado na sequência.

¹³ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **A boa-fé no direito civil...** op. cit., pág. 128.

¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith, **A boa-fé no direito privado...** op. cit., pág. 123.

¹⁵ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **A boa-fé no direito civil...** op. cit., pág. 107.

¹⁶ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **A boa-fé no direito civil...** op. cit., pág. 128.

¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith, **A boa-fé no direito privado...** op. cit., pág. 124.

2.2 – Boa-fé no Direito Canônico

Tal qual no direito romano, a boa-fé no direito canônico também não é tratada de maneira pontual, razão pela qual, permanece carente de uma definição geral. Assim o direito canônico trata da boa-fé em dois setores: a prescrição e a legitimação dos *nuda pacta*, ou seja, a questão da tutela da usucapião e dos contratos consensuais.

Tome-se como exemplo a influência da boa-fé na questão possessória, em passagem de Francesco Calasso¹⁸, retirada de uma menção feita por Judith Martins-Costa¹⁹:

“(...) entre as frases áridas do formulário intercalado aos textos do Capitulare Italicum, a propósito de um capítulo de Guido, (...) se imagina a hipótese de que um proprietário diga a alguém que lhe invadiu a terra: ‘quod tu tenes sibi malo ordini terram’, e o outro se defenda afirmando que a terra é sua e mostre o documento feito por quem lhe vendera a terra. Entretanto o proprietário responde em contrário, afirmando que aquele documento não pode ferir o seu interesse, porque o, porque o vendedor havia invadido a terra; e, então, àquele só restaria defender-se com a própria boa-fé: ‘licet invasisset tamen perdere non debeo, quia eum invasisse ignorabam’²⁰.

Pelo trecho transcrito acima, é até possível um entendimento de que a conotação dada à boa-fé pelo direito canônico nada traz de novidade em relação ao direito romano. Na visão de Menezes Cordeiro, no entanto, o direito canônico traz introduz um importante pólo de significados. A boa-fé, segundo ele, é vista como “a ausência de pecado”, ou seja, como um claro contraposto à má-fé.

¹⁸ CALASSO, Francesco. **II negozio giuridico**, Milão Giuffrè, 1959.

¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith, **A boa-fé no direito privado...** op.cit, pág. 128.

²⁰ CALASSO, Francesco. **II negozio giuridico**, Milão Giuffrè, 1959, pág. 121.

Conforme assevera Judith Martins-Costa, “enquanto o direito romano, considerando a ‘dimensão técnica’ da Boa-fé, promoveu a sua bipartição – consoante aplicada às obrigações ou à posse –, o direito canônico operou sua ‘unificação conceptual’ sob o signo da referência ao pecado, o que equivale dizer da ausência de pecado”²¹

Segundo entendimento da Menezes Cordeiro, corroborado com a Prof.^a Judith Martins-Costa, a boa-fé, no campo das obrigações, tendo em vista a sua generalização e a inexistência de papel especificadamente técnico-jurídico, acaba por torna-se uma “categoria vazia de qualquer conteúdo substancial”²². Já no campo possessório, a boa-fé subjetiva-se, vindo a ser encarado com o estado individual de consciência, deixando de importar tão somente a ignorância como era no direito romano, para um estado de “consciência íntima e subjetiva da ausência de pecado”²³, ou seja, o estado de individual de consciência de que o ato praticado não está por ferir o ordenamento jurídico, o pacto firmado, ou qualquer direito de outrem.

2.3 – A Boa-fé no direito germânico – Solidificação do conceito da Boa-fé Objetiva

A Boa-fé obrigacional, de acordo com o direito alemão, é tratada através da fórmula do *Treu und Glauben*, afastando-se totalmente das conotações que marcaram o direito romano, as quais conduziam à idéia de fidelidade ao pactuado.

O direito germânico traz a tona novas idéias, inserindo no tratamento da boa-fé as idéias de lealdade (*Treu ou Treue*) e crença (*Glauben ou Glaube*), que reportam a estados humanos objetivados. Assim, abre-se espaço para o entendimento posto pelo direito germânico, no sentido de estabelecer-se uma garantia da manutenção do cumprimento da palavra dada, sem que esta garantia esteja, no entanto, vinculada a uma perspectiva subjetivista, mas sim

²¹ MARTINS-COSTA, Judith, **A boa-fé no direito privado...** op.cit, pág. 130.

²² CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **A boa-fé no direito civil...** op.cit, pág. 160.

²³ MARTINS-COSTA, Judith, **A boa-fé no direito privado...** op.cit, pág. 131.

uma perspectiva objetiva, ligada à confiança geral, estabelecida a nível de comportamento coletivo, tendo em vista que uma atitude cortês sempre implica em reciprocidade de deveres²⁴.

Estabelece-se aí, então a boa-fé como regra de comportamento social, necessário ao estabelecimento da confiança geral, que estaria por “substituir” o juramento de honra antes adotado, o que pode ser traduzido em uma garantia, baseada na boa-fé, de que a palavra dada será mantida. Este entendimento revela-se extremamente importante para a compreensão da boa-fé objetiva em matéria obrigacional, visto que surge a partir do entendimento acima exposto.

O entendimento acerca da boa-fé no direito brasileiro vinha, através dos tempos, sendo fortemente influenciado pela concepção francesa, segundo a qual q boa-fé nada mais é do que uma fórmula de reforço ao pactuado pelas partes, o que pode explicar a pouca atenção despendida pela doutrina brasileira à matéria. A partir da última década, no entanto, este entendimento começa a se modificar, tendo a concepção de boa-fé adotada pela doutrina brasileira, se aproximado muito daquela concebida pela doutrina alemã.

2.4 – A Boa-Fé Objetiva

O novo Código Civil Brasileiro, em comparação ao anterior, traz uma grande novidade em relação à questão da boa-fé.

Tradicionalmente no direito positivo brasileiro, a conotação dada à boa-fé era aquela no sentido subjetivo, tendo como exemplos as normas constantes dos artigos 221, *caput* e parágrafo único, e 490, *caput* e parágrafo único.

Com o advento do novo Código Civil brasileiro, no entanto, este instituto passou a ser visto também na forma objetiva, em decorrência da norma contida no art. 422, que determina que *“Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”*²⁵.

²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado...** op. cit, pág. 125-126.

²⁵ Grifei.

Tendo em vista o novo tratamento dado ao instituto da boa-fé, pelo direito brasileiro, cabe, neste momento, estabelecer a distinção existente entre a boa-fé subjetiva e a dita boa-fé objetiva.

Diz-se subjetiva a boa-fé advinda do “estado de consciência” do indivíduo, ou ainda de um convencimento individual de estar se comportando em conformidade com o direito aplicável. Veja-se o entendimento da Prof^a. Judith Martins-Costa²⁶ acerca da boa-fé subjetiva: *“diz-se ‘subjetiva’ justamente porque, para sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção”*.

Para a aferição da boa-fé subjetiva, portanto, importa considerar a consciência do indivíduo frente ao fato praticado. Importa o que o indivíduo pensa sobre a sua condição, ou melhor, importa a sua intenção para com o outro. Ou seja, a condição psicológica do indivíduo, o seu próprio convencimento de seu direito, são as características primordiais da boa-fé subjetiva.

Segundo este entendimento, portanto, o oposto de boa-fé subjetiva seria a má-fé, vista comumente no nosso ordenamento jurídico como a intenção de uma pessoa em lesar outrem.

A boa-fé objetiva, por sua vez, possui interpretação totalmente diversa daquela concedida à boa-fé subjetiva.

Advinda do já citado *Treu und Glauben*, a boa-fé germânica, posteriormente expressa no BGB alemão, com larga expansão a outros ordenamentos jurídicos, a boa-fé objetiva é entendida como sendo um padrão de conduta social a ser adotado por todos os indivíduos em qualquer tipo de relação estabelecida com outrem.

²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais do projeto do novo código civil**. In: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, n. 15, Porto Alegre, UFRGS/Síntese, 1998, pp.129-154

Deve ser vista com um arquétipo jurídico qualificador de um homem médio: reto, íntegro, bom pai de família, o que pode ser resumido em três características básicas²⁷: lealdade, honestidade e probidade, ou ainda, na *“consideração para com os interesses do ‘alter’, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado”*²⁸.

Ressalte-se, no entanto, que, na análise do caso concreto, quaisquer dos qualificadores aqui elencados devem ser analisados de maneira não rígida, levando-se em consideração a qualificação cultural e pessoal dos envolvidos. O que deve importar é a conduta, o comportamento do indivíduo frente ao alter.

Em decorrência da própria aplicação da boa-fé objetiva, que possui o condão de ajustar-se a cada caso concreto, não é possível que haja um conceito rígido e pontual a seu respeito. É, porém, *“incontroversamente, regra de caráter marcadamente técnico-jurídico, porque enseja a solução dos casos particulares no quadro dos demais modelos jurídicos postos em cada ordenamento, à vista das suas particulares circunstâncias”*²⁹.

A fim de consolidar o entendimento acerca da amplitude do instituto da boa-fé objetiva, já encaminhando o estudo para o tema da responsabilidade pré-contratual, veja-se um exemplo jurisprudencial colhido do direito comparado, que versa sobre a boa-fé como norma ordinária em atenção aos interesses alheios:

“A senhora W, de manhã, às 8 hs 45 min., entra na casa comercial de têxteis K para, na seção de miudezas, comprar botões. Ela tropeça, cai, sofre uma fratura no colo da coxa. Uma investigação constata que ela veio a cair devido a um botão esférico que, na seção de miudezas, estava no chão. K, o dono da casa comercial, acha que, presumivelmente, uma freguesa tirara o botão de uma gaveta e o deixara cair. Sobre a limpeza do estabelecimento, que diz estar

²⁷ Lista não exaustiva.

²⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado...** op.cit, pág. 412.

²⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado...** op.cit, pág. 413.

*muito bem organizada, nunca ouvira queixas. Apesar disso a senhora W pede indenização de K*³⁰.

Ao julgar o caso supracitado, o Tribunal Alemão indicou a como fundamento a boa-fé objetiva *“entendida como norma de conduta que ordena a consideração pelos interesses legítimos do ‘alter’, o qual não se colocava nem mesmo, ainda, como parceiro contratual”*³¹.

O caso relatado enquadra-se perfeitamente, portanto, no campo da culpa in contrahendo, a ser abordado adiante.

Apenas a título de exemplo acerca de como a boa-fé era tratada em nosso ordenamento jurídico até a entrada em vigor do novo Código Civil, um caso notório ocorrido julgado pela justiça do Estado do Paraná, cuja ementa foi redigida da seguinte maneira:

*“Contrato. Consórcio de automóveis. Desistência e exclusão do consorciado. Devolução das quantias já pagas sem juros e correção monetária, nos 30 dias subseqüentes ao encerramento do grupo respectivo. Os contratos são ajustados para serem cumpridos pelo princípio elementar da boa-fé, que deve reger qualquer relação jurídica”*³².

No caso relatado acima, o consorciado, tendo em vista a impossibilidade de continuar honrando com as prestações do consórcio, e a uma cláusula no contrato que estipulava a devolução da quantia paga sem a incidência de correção monetária, foi a juízo requerer que as mesmas fossem a ele restituídas com uma justa correção, até mesmo porque, na época do contrato, a inflação verificada no Brasil era tida como fora de controle.

³⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Idem, pág. 413, cit. Código Civil Alemão – Direito das Obrigações, parte geral, trad. De Armino Edgar Laux, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1983, p. 102 (título do original: BGB *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*)

³¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado...** op.cit, pág. 413.

³² AC 1.685/89, 2ª Cam. Civ., rel. Dês Negi Calixto, Tribunal de Justiça do Paraná, j. em 02/05/1990, in RT 661, nov. 1990, p. 139 e ss.

A fundamentação do voto vencedor foi no sentido de que tendo as partes realizado um contrato, o mesmo deve ser cumprido, homenageando o princípio do pacta sunt servanda, fazendo valer na sua totalidade o exercício da liberdade contratual, da autonomia da vontade. A boa-fé invocada na ementa, foi no sentido de fundamentar a imodificabilidade do pactuado, fazendo prevalecer a autonomia da vontade em seu sentido clássico.

Caso a este caso fosse aplicada a boa-fé, desta feita a objetiva, como defendido pelo voto vencido, a solução alcançada seria diversa desta, sendo defendida uma tese que deveria ser restituído ao consorciado o valor investido, acrescido de juros e correção monetária.³³ Com a invocação da boa-fé objetiva, poderia-se ainda ser conduzida a decisão no sentido de que se desse, ou a devolução dos das prestações já pagas com a aplicação da cláusula penal com valores razoáveis, ou ainda, uma revisão judicial do contrato em razão da base negocial objetiva, para adequar-se o valor das prestações vincendas, ao sinalagma funcional efetivamente vigente.³⁴

³³ Trecho do voto Vencido: “O consórcio retém do consorciado um valor pecuniário por certo período e, desistindo o consorciado, a quantia pecuniária é defasada pela inflação, que gira hoje em torno de 40% ao mês, caracterizando um locupletamento indevido e sem causa por parte da administradora, que usou a importância pecuniária paga pelo consorciado para a aquisição dos bens do consórcio e, além disto, com o fundo de reserva que todos pagam, faz aplicação no mercado aberto, recebendo de tais aplicações correção monetária. Este rendimento não é repassado ao consorciado.”

³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado...** pág. 424/425.

3 – CULPA IN CONTRAHENDO – A ORIGEM DA RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL.

3.1 – A origem da *culpa in contrahendo*

A *culpa in contrahendo* teve traçadas suas primeiras linhas, da forma como é vista até hoje, a partir de trabalhos realizados por Rudolf Von Jhering, que iniciou a investigação de um tema até então inexplorado. Jhering iniciou seus estudos a partir de exemplos em se caracterizaria a existência de injustiça em virtude de uma não imputação de responsabilidade por danos e custos derivados de contratos nulos.

A visão de Jhering pode ser considerada como sendo a *culpa in contrahendo* “um instituto da responsabilidade civil pelo qual, havendo nulidade no contrato, uma das partes, que tenha ou devesse ter conhecimento do óbice, deve indenizar a outra pelo interesse contratual negativo”³⁵

Em linhas gerais, sua posição permite uma interpretação a respeito da *culpa in contrahendo* como sendo “uma derivação a partir da culpa como tal, e um integrar das conseqüências da responsabilidade contratual, por força das condições especiais em que a referida culpa se veio a concretizar”³⁶.

A teoria de Jhering, no entanto, não é entendida com clareza pela literatura especializada. Jhering não deu à sua teoria uma posição clara e unitária, deixando o caminho aberto para que sempre possam surgir novas idéias e pensamentos no campo da formação dos contratos.

Assim, dentre uma das pistas deixadas por Jhering no estudo da *culpa in contrahendo*, o tema das concepções negociais teve seu entendimento aprofundado por Franz Leonhard, que imputou a culpa na formação dos contratos à posterior eficácia do mesmo após a sua celebração.

³⁵ MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. **Da Boa Fé no Direito Civil...** op.cit, pág. 530.

³⁶ MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. *Idem*, pág. 531.

Segundo o entendimento de Franz Leonhard, por ele explicado através de um exemplo, no caso de uma compra e venda tradicional, havendo vício na coisa vendida, a solução tradicional de que o vendedor somente poderia ser responsabilizado caso tivesse agido com dolo, não seria a mais apropriada. Nestes casos, ele deveria responder também pela negligência, ou seja, mesmo que não soubesse do vício existente no produto, ele deveria ser responsabilizado, pois o vendedor tem a obrigação de conhecer a fundo o produto que está vendendo. Para ele, o dever de avisar sobre os aspectos positivos e negativos da coisa estaria constituído na celebração e não no cumprimento do contrato.

Para Franz Leonhard, no entanto, todo o cuidado de informação e a conseqüente responsabilização dele decorrente, teria como pré-requisito a existência de um contrato válido, tratando-se, portanto, de um “*dever de cuidado contratual*”³⁷, ou seja, que toda a relação preliminar, só poderia ter como fundamento o próprio contrato.

A posição adotada por Franz Leonhard não teve uma grande aceitação perante a doutrina, que lhe teceu muitas críticas, asseverando que a teoria de Leonhard só englobaria os casos em que as tratativas preliminares desembocariam em um contrato, tendo, portanto, natureza contratual. Os casos que não resultassem em contrato deveriam ser tratados de maneira diversa, questão não abordado por este autor.

Outros doutrinadores, da mesma forma, criticaram posições como a de Franz Leonhard, as atribuindo um caráter extremamente frágil, pois, em se vislumbrando que, na *culpa in contrahendo*, evidenciam-se dados básicos do sistema que ultrapassam o mero aspecto contratual, estas teorias acabam sem respostas adequadas.

³⁷ MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. Idem, pág. 535.

Buscando respostas às questões ainda não respondidas pelos doutrinadores, surgiram novas ilações a respeito da *culpa in contrahendo*, no sentido de os deveres pré-contratuais estariam amparados por lei, não sendo suficiente a vontade das partes.

Gabrielle Faggela defendeu “a possibilidade de responsabilizar as partes nos períodos pré-contratuais, com base na conjunção entre a assunção livre de uma situação de negociações preliminares e o infligir de um dano patrimonial à contraparte”.³⁸ Na visão de Faggela, o consentimento, expresso ou tácito, das partes no início das negociações legitima que ambas tomem as medidas preliminares à concretização do negócio. Assim, a ruptura intempestiva de uma das partes, a obriga a indenizar a outra por todas as despesas realizadas em decorrência do início das negociações.

A essência da teoria defendida por Faggela não vincula o dever de indenizar à culpa, que, segundo seu entendimento, consubstanciar-se-ia, independentemente de dolo ou de negligência.

Quem, porém, teceu linhas decisivas no sentido de remeter a *culpa in contrahendo* à aplicação da lei foram Von Tuhr, Hildebrandt, Heldrich e Kruse.

Em síntese, Von Tuhr chegou à conclusão de que, com base nos preceitos legais aplicados à espécie, seria possível haver uma generalização, ainda, porém, deixando aberta a possibilidade de saídas delituosas.

Hildebrandt, por sua vez, analisando com cuidado o BGB, chegou à conclusão de que dele poderiam ser extraídos dois princípios fundamentais acerca da responsabilidade pré-contratual: o primeiro diria respeito a que, nas negociações, as partes nunca se encontram como terceiros estranhos, havendo sempre uma relação específica entre elas; já o segundo, diz que uma das partes responde porque há entre elas um dever de verdade e de

³⁸ MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. Idem, pág. 540.

informação que, se violado, quebra a confiança existente entre as partes, gerando, por consequência, o dever de indenizar.

Heldrich retira da legislação e jurisprudência, um único princípio geral a que impõe à parte que iniciou as negociações, um dever de cuidado que deverá ser precisado no caso concreto.

Já Kruse, com base no BGB, e afastando todas as demais hipóteses, corrobora a existência do instituto da *culpa in contrahendo*, estabelecida através de um princípio geral extraído do Código Alemão.

A opinião de Menezes Cordeiro, entretanto, pondera que, *“a contemplação dos preceitos legais, num círculo vicioso atribuído à jurisprudência dos conceitos, não permite por si, optar entre a analogia e o argumento a contrário: tanto podem representar manifestações pontuais de um princípio subjacente, como regimes excepcionais, contrários a um vetor geral de sinal contrário”*³⁹. Menezes aponta ainda que *“este raciocínio não deve ser levado tão longe que induza ao puro e simples não-estudo de disposições legais específicas, quem de modo sectorial, pareçam consagrar manifestações de ‘culpa in contrahendo’”*⁴⁰.

Aos preceitos legais, porém, devem ser creditados valores importantes, principalmente no que tange ao direcionamento do entendimento dos casos concretos, que influenciados por fatores externos, fazem a balança pender para um ou outro lado. Neste sentido, o entendimento levado a cabo por Hildebrandt ganha força.

Na opinião de Menezes Cordeiro, esta busca de soluções legais para o instituto da *culpa in contrahendo* na legislação representa uma solução aparente para o problema, pois há também uma forte influência da vontade das partes.

³⁹ MENEZES CORDEIRO, A. M. da R.. Idem, pág. 544.

⁴⁰ MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. Idem, pág. 544.

A doutrina bem que tentou levar o entendimento somente para a vontade das partes, sem sucesso, no entanto, pois a necessidade de disposições legais a respeito é patente. Menezes entende que: *“tudo decorre num universo bidimensional onde vontade das partes e lei ordenam as situações jurídico privadas”*.⁴¹

A conclusão final atingida acerca do embasamento legal para a regulação da *culpa in contrahendo*, evidenciam ser a mesma uma solução aparente pois tanto a lei quanto a vontade das partes não são capazes de promoverem barreiras suficientes para os entraves existentes no período pré-contratual.

3.2 – Culpa in contrahendo – uma visão a partir da boa-fé

Superadas as alegações expostas anteriormente de que os deveres preliminares deveriam estar submetidos tão somente à legislação, passa-se agora a uma análise mais atual a respeito da *culpa in contrahendo*.

3.2.1 – O tratamento jurisprudencial na Alemanha – o surgimento de um novo entendimento.

O entendimento jurisprudencial, principalmente da Justiça Alemã, que se seguiu desde o início do século passado, veio numa evolução tal, pela qual é possível uma divisão em três grupos distintos:

a) O primeiro grupo diz respeito à casos de *culpa in contrahendo* em que se preconiza a existência, ainda na fase preliminar, de um dever de proteção a cargo das partes. Veja-se um julgado da Justiça Alemã neste sentido, onde o BGB, seguindo a linha jurisprudencial da época, considerou violados os deveres de segurança *in contrahendo*:

⁴¹ MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. Idem, pág. 545.

“Em BGH 2-Dez.-1976 – o caso do iate a motor – surgiu um problema posto pelo proprietário de um iate a motor que o levou a um estabelecimento adequado para ajustar uma reparação. Esta não chegou, porém, a ser combinada, por o proprietário estar em dúvida sobre se não o haveria antes de vender. O iate ficou , assim, uns dias no local da oficina. O pessoal das reparações, remove, entretanto, o barco do seu carro-reboque e, com escoramento lateral do casco, colocou-o no estaleiro; a operação terá sido deficiente, vindo o iate a tombar para estibordo, sofreu, com isso, danos consideráveis.”⁴²

A linha exposta acima, portanto, entende que o dever de proteção está presente mesmo antes de serem iniciadas as negociações formais, sendo o bastante a existência de uma mera “proximidade negocial”.

b) O segundo grupo citado, diz respeito aos deveres de esclarecimento das partes durante a negociação. Segundo o entendimento deste grupo, caso um contrato seja concluído com base em falsas informações, informações deficientes, ou até mesmo em ameaças ilícitas, estará gerado o dever de indenizar. Veja-se um exemplo de julgado pela Justiça Alemã, com base neste entendimento:

“Em BAG 7-Fev.-1964, entende-se que uma trabalhadora, escolhida em concurso para ocupar determinado posto, é responsável quando, estando doente e carecendo de um período longo de convalescência, cala esse aspecto na entrevista de seleção e, de seguida, falta sucessivamente a várias convocatórias para iniciar funções, acabando por comunicar sua impossibilidade para celebrar o contrato de trabalho encarado: inutilizou, com isso, todo um processo de seleção para preenchimento de um lugar”⁴³.

⁴² BGH 2-Dez.-1976, LM n°46 §276 (Fa) BGB. In: MENEZES CORDEIRO, A. M. da R.. Idem, pág. 548.

⁴³.BAG 7-Fev.-1964, NJW 1964, 1197-1199 (1198). In: MENEZES CORDEIRO, A. M. da R.. Idem, pág. 550.

c) O terceiro grupo referido de *culpa in contrahendo*, refere-se a um dever de lealdade entre as partes no contrato. Veja-se um exemplo de julgado pela Justiça Alemã:

“(...) em negociações para transacção de um imóvel, não se chegou a um contrato formal definitivo; posto o problema de haver contrato nulo, com inalegabilidade do vício verificado, o BGH nega-o por entender que as consequências da ‘nulidade’, sendo graves, não eram insuportáveis; no entanto, condenou o projectado vendedor em indenização por cic, explicando que nos preliminares, ele deu a impressão de querer, efetivamente, o contrato, tendo, com conhecimento, levado o comprador interessado a fazer gastos consideráveis”⁴⁴.

Do apanhado jurisprudencial demonstrado acima, conclui-se que todos os deveres projetados para as partes, nas suas pessoas e em seus patrimônios, nada tem a ver com o contrato projetado, em si. Isto é, os deveres não seriam gerados em única e exclusivamente calcados em um futuro contrato. Estes deveres podem, sim, ter algo a ver com o contrato a ser firmado, mas a não existência do futuro contrato não exonera as partes de serem responsabilizadas por seus inadequados comportamentos durante as tratativas preliminares.

Ainda, é possível concluir que o posicionamento calcado exclusivamente nas soluções legais não se sustenta, estando partindo, doutrina e jurisprudência, para um entendimento mais voltado à confiança, lealdade, boa-fé.

3.2.2 – A boa-fé como base da *culpa in contrahendo*.

Com a evidente insuficiência da metodologia clássica, negocialista ou legalista para o tratamento da *culpa in contrahendo*, começaram a surgir novas concepções, desta feita baseadas nas relações contratuais de fato.

⁴⁴ BGH 18-Out.-1974, NJW 1975, 43-44 (43 e 44). In: MENEZES CORDEIRO, A. M. da R.. Idem, pág. 552.

O idealizador desta nova concepção foi Günther Haupt que, em 1941, em sua obra denominada *Über faktische Vertragsverhältnisse*, defendeu a possibilidade de constituições de relação jurídica contratual a partir de meros comportamentos materiais, independentemente de declarações negociais, e sem correspondência nos deveres legais tradicionais.

Tais relações contratuais de fato estariam formadas em três situações distintas: nos contratos sociais, na inserção em organizações comunitárias, ou na execução de relações duradouras, e nos serviços de necessidade vital.

A primeira situação – contratos sociais – estaria abrangendo a concepção original da *culpa in contrahendo*. Haupt relata como exemplo deste caso, a formação de vínculos obrigacionais, sem a prévia existência de proposta e aceitação contratual, como no famoso caso do linóleo, onde a autora da demanda, após realizar compras em um certo estabelecimento, resolveu lá voltar a fim de adquirir um tapete de linóleo. Ao se dirigir ao comerciante responsável pelo setor de tapetes, inesperadamente, por negligência do funcionário, foi atingida por dois rolos que caíram. Neste caso⁴⁵, o RG julgou que, tendo os fatos ocorridos de tal forma que certamente resultariam na formação de um contrato, estava caracterizada entre as partes, uma relação preparatória, semelhante a uma relação negocial, o que gerou no comerciante o dever de indenizar.

A segunda situação de relação contratual de fato - execução de relações duradouras -, Haupt exemplifica com a sociedade e o trabalho. Em uma sociedade de fato, mesmo sendo o contrato considerado nulo, manter-se-iam alguns dos resultados por ele obtidos a fim de afastar o enriquecimento sem causa. O mesmo tratamento seria dado aos casos de contrato de trabalho nulo.

Já a terceira situação – serviços de necessidade vital – diria respeito ao agrupamento das relações contratuais de fato, por força do dever de prestação social. O exemplo clássico desta situação seria o dos carros de som que

⁴⁵ RG 7-Dez.-1911

prestam serviços a quantos neles penetrem, independentemente de contrato, ficando o beneficiário obrigado à taxa correspondente.

A princípio, a idéia de Haupt recebeu a adesão de boa parte da doutrina, embora algumas posições contrárias foram fortemente defendidas. Dentre elas, destacou-se a de Heinrich Lehmann, que declarou que a “teoria das relações contratuais de fato” traduz, no direito privado, o assalto a um dos últimos institutos jusliberais: o contrato.

Hans Dölle, no entanto, foi quem trouxe a melhor contribuição, no sentido de complementar toda a teoria defendida por Haupt, introduzindo a ela as idéias da confiança e da necessidade da sua proteção, da finalidade do negócio e do respeito pelos patrimônios de cada um.

Dölle, contrapondo a tripartição proposta por Haupt, propõe uma nova, segundo seu próprio entendimento: deveres de proteção, assistência e manutenção; deveres de indicação, esclarecimento e comunicação; e deveres de entrega patrimonial.

A primeira categoria proposta por Dölle, - deveres de proteção, assistência e manutenção – tendo como exemplo o caso do linóleo, ao contrário do que asseverou Siber, não teriam natureza contratual, embora nasçam *in contrahendo*, nem legal, conforme asseverou Hildebrandt. Teriam, sim, uma relação de confiança que não deve nem pode ser frustrada. Isto pode facilmente ser demonstrado em certas circunstâncias em que, pessoas, mesmo não tendo qualquer vínculo contratual com a outra, pela própria aproximação exercida, já é capaz de gerar uma situação de confiança. É um fenômeno evidente em qualquer negociação preliminar, que pode repetir-se em outros contratos sociais.

Ainda analisando esta primeira categoria proposta, no que tange ao fundamento jurídico deste dever, Dölle afasta a pura e simples indagação à natureza das coisas, à boa-fé, ou ao próprio Direito consuetudinário. A indagação é, antes de mais nada, até que ponto pode ser reconhecido um

princípio que não tendo base legal, não contrarie a lei, mas possa ser extraído do ordenamento jurídico. A saída proposta por Dölle, seria a da realização de uma interpretação criativa das lacunas deixadas no ordenamento jurídico.

A segunda categoria – deveres de indicação, informação e comunicação – encontraria claro respaldo legal ou, ao menos, na vontade das partes. A busca destes deveres é a proteção de situações de confiança criadas, mas sendo realizado, agora, em atenção ao escopo negocial.

Já a terceira categoria – deveres extralegais de entrega patrimonial – traz as relações laborais de fato, as sociedades de fato e outras semelhantes, Dölle não indica um princípio que a estaria embasando. Indica, desta forma, que o caso concreto deverá ser analisado singularmente. Nestes casos, a boa-fé terá um papel muito importante.

Das idéias de Dölle, retira-se, portanto, um aspecto fundamental para o estudo da *culpa in contrahendo*, que é justamente o seu amparo na confiança. O amparo na confiança não é a novidade introduzida por Dölle, mas sim, a maneira clara como ele a trata fazendo dela um apoio jurídico eficaz, deixando de ser um mero apoio lingüístico. A única ausência no trabalho de Dölle, foi a exata consequência da existência da confiança nos deveres manifestados *in contrahendo*. Desta função encarregou-se Kurt Ballerstedt⁴⁶, que deu algo ao pensamento de que, se uma das partes cria uma situação de confiança, e esta é aproveitada pela outra, corresponderia a uma segunda forma de constituição de negócios jurídicos, sistematicamente correta. Desta forma, ficaria caracterizada a relação contratual que sempre fora reconhecida nos deveres pré-contratuais.

De tudo o que até o momento foi explicitado, para se obter um entendimento definitivo do que seja, em verdade a *culpa in contrahendo*, há que se entender a dimensão caracterizadora produzida por dois sujeitos de uma determinada

⁴⁶ KURT BALLERSTEDT, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter,
AcP 151 (1950-51), 501-531

relação, onde seus comportamentos não sejam indiferentes, situação esta que deve estar sancionada pelo direito positivo.

Esta abrangência pelo direito, estaria suprida pela remissão da *culpa in contrahendo* para o campo da boa-fé. De acordo com o entendimento de Menezes Cordeiro, *“pela tradição romanística, a boa fé está vocacionada para normatizar as relações entre pessoas específicas e, devidamente reforçada pela prática comercial do século XIX, para reger o tráfego negocial à míngua de preceitos expressos (...). Pela sua consagração legal, ela confere a todas as soluções que patrocine, uma viabilidade da qual, em termos realísticos, seria inoportuno desdenhar”*⁴⁷.

O certo é que a *culpa in contrahendo* sempre foi utilizada para preencher o espaço que, mais tarde, foi ocupado pela boa-fé.

⁴⁷ MENEZES CORDEIRO, A. M. da R.. **Da Boa Fé no Direito Civil...** op. cit.pág. 563.

4 – RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL – Uma abordagem atual

4.1 – A natureza da responsabilidade pré-contratual

Normalmente dividida em dois grandes grupos de acordo com a sua natureza, a responsabilidade é normalmente vista sob a ótica contratual, que traz como pressuposto a existência de um enlace contratual que acaba por vincular as partes e as obrigar a prestar determinadas obrigações umas às outras, e também sob a ótica extracontratual, que se caracteriza pelo cometimento de um injusto a outrem, sem que entre as partes haja qualquer vínculo jurídico anterior.

Diante desta situação surge a grande questão polemica que envolve a responsabilidade pré-contratual: qual é a sua natureza jurídica? Seria hipótese de responsabilidade jurídica contratual, ou extracontratual? Ou ainda, seria uma hipótese de um terceiro gênero autônomo de responsabilidade civil?

Ruben S. Stiglitz e Gabriel A. Stiglitz, no livro *Responsabilidad Precontractual*, afirmam, com convicção, que a responsabilidade pré-contratual possui natureza de responsabilidade extracontratual: *“Lo que parece innegable es que, si el acuerdo no es factible de ser alcanzado, como consecuencia de que una de las partes infringió el deber genérico de obrar con diligencia i no dañar, la responsabilidad en que incurre quien así obra, es de naturaleza extracontractual”*⁴⁸

O direito alemão, por sua vez, entende tratar-se a responsabilidade pré-contratual, de uma espécie de responsabilidade contratual, conforme assevera Ana Prata: *“Na Alemanha, a orientação prevalecente na doutrina e na jurisprudência, é a de considerar a responsabilidade in contrahendo como uma modalidade de responsabilidade obrigacional”*⁴⁹, isto porque a doutrina alemã identifica a responsabilidade *in contrahendo* como uma relação obrigacional legal, ou ainda como uma relação de confiança muito semelhante à contratual.

⁴⁸ STIGLITZ, Ruben S. y STIGLITZ Gabriel A. **Responsabilidad precontractual...** op.cit, pág 10.

⁴⁹ PRATA, Ana. **Notas sobre responsabilidade pré-contratual**. Lisboa: 1991. pág. 205-206.

Ainda, a doutrinadora portuguesa dá a sua interpretação acerca do assunto, entendendo que trata-se de espécie de responsabilidade obrigacional⁵⁰, demonstrando entendimento diverso de outro doutrinador português, Mário Júlio de Almeida Costa, que entende ser espécie de responsabilidade extracontratual⁵¹.

Um terceiro entendimento, no entanto, remete a responsabilidade pré-contratual a uma terceira espécie de responsabilidade, possuindo natureza própria, em virtude de que, tanto a contratual, como a aquiliana não são capazes de elucidar todos os casos relacionados.

Assim, estabelecida a polêmica, parte-se para uma análise mais detalhada acerca dos diferentes entendimentos dados à natureza da responsabilidade pré-contratual.

4.1.1 – A responsabilidade pré-contratual como responsabilidade de natureza contratual e sua crítica;

A teoria acerca da consideração da responsabilidade pré-contratual como hipótese de responsabilidade contratual, decorre fundamentalmente do direito alemão, que reconhece a responsabilidade pré-contratual como hipótese de responsabilidade de natureza contratual.

Conforme já extensivamente comentado no Capítulo II supra, a *culpa in contrahendo* era tida, já pelo seu idealizador, Von Jhering, a partir da teoria denominada de *Zielvertragstheorie*, como hipótese de responsabilidade contratual, tendo como justificativa o fato de que, se as negociações teriam como objetivo principal a formação de um contrato, então a forma de responsabilização deveria ser a contratual. Conforme explanado no Capítulo II, esta teoria sofreu poucas alterações ao longo do tempo, passando-se ao

⁵⁰ PRATA, Ana. Idem, pág. 214.

⁵¹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato**: Separata da revista de legislação e jurisprudência. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. pág. 97-98.

entendimento de que a relação jurídica estabelecida nas fases preparatórias do contrato seriam *relações jurídicas de confiança*, análogas às relações contratuais.

Outra linha de raciocínio neste sentido, também já tratada no Capítulo II, foi de que as relações negociais fariam surgir uma relação contratual de fato (*faktisches Vertragsverhältnis*)⁵², que era derivada de um contrato social qualificado mantido pelas partes durante a fase pré-contratual. Esta teoria foi, porém, muito criticada na época.

A teoria mais recente, e também a utilizada ainda hoje no direito alemão, estabeleceria uma *relação obrigacional pré-contratual derivada da lei* (*vorvertragliches gesetzliches Schuldverhältnis*). Segundo esta teoria, nas fases de negociação surgem deveres a ambas as partes, os quais não decorrem de contrato, mas sim, surgem em virtude de imposição legal, da mesma forma como surgem os deveres de cuidado e proteção com a pessoa e os bens da contraparte.⁵³

Ocorre que, em virtude da ausência de uma que, especificamente trata-se da responsabilidade *in contrahendo*, esta teoria foi, de início, um pouco criticada. A objeção inicialmente alardeada, não prosperou, tendo em vista o reconhecimento de que a lei trata as relações obrigacionais decorrentes das tratativas de forma não exaustiva, abrindo-se campo para o reconhecimento da relação jurídica obrigacional *in contrahendo*⁵⁴, baseada no princípio da boa-fé objetiva, prevista no §242 BGB, e possibilitando a aplicação das regras de responsabilidade pelo descumprimento da obrigação nos casos concretos, motivo pelo qual acabou por prevalecer na doutrina e jurisprudência alemãs.

⁵² PEREIRA, Regis Fichtner..., op. cit., pág. 220.

⁵³ PEREIRA, Regis Fichtner..., op. cit., pág. 221.

⁵⁴ LACKUM, Eugen Von. "**Verschmelzung und Neuordnung Von Culpa in Contrahendo**" und *Positiver Vertragsverletzung*. Tese de Doutorado apresentada na Universidade Rheinischen Friedrich-Wilhelms de Bonn. 1970. pág.82. In: PEREIRA, Regis Fichtner..., op. cit., pág. 222.

Além da doutrina alemã, há representantes da doutrina italiana, suíça, austríaca e portuguesa que possuem entendimento no mesmo sentido. No Brasil há somente um doutrinador que aderiu ao entendimento alemão a respeito do assunto. Pontes de Miranda proferiu entendimento no sentido de que a responsabilidade pré-contratual é resultante de uma violação de deveres resultantes de uma *relação jurídica de trato, de negociação*.

O entendimento externado pelo direito alemão, no entanto, não é imune a críticas. Os próprios alemães censuram a teoria da *relação jurídica obrigacional pré-contratual*, como apta a dar ensejo à aplicação das regras atinentes à responsabilidade contratual.

A aplicação, nos casos de responsabilidade pré-contratual, de regras de responsabilidade pelo descumprimento das obrigações é, no entanto, acometida por uma incongruência grosseira. Tais regras foram delineadas para regular a responsabilidades por obrigações preexistentes, cujo conteúdo consiste em prestar alguma coisa a outrem. A incongruência gerada, diz respeito a exatamente isto: nas hipóteses de responsabilidade pré-contratual, não há obrigação preexistente.⁵⁵

Os deveres que são estabelecidos no período pré-contratual não possuem como objeto uma obrigação de prestar alguma coisa a outrem, mas sim, são decorrentes do princípio da boa-fé objetiva, como se verá mais adiante. E é justamente esta diferença fundamental que faz com que, tanto as regras de responsabilidade contratual quanto as de responsabilidade obrigacional não sejam aplicáveis às hipóteses de responsabilidade pré-contratual.

⁵⁵ PEREIRA, Regis Fichtner..., op.. cit., pág. 250.

4.1.2 – A responsabilidade pré-contratual como responsabilidade de natureza extracontratual e sua crítica

Em todos os países que não adotaram o sistema alemão, mas sim o sistema francês, tem-se como predominante a teoria de que a responsabilidade pré-contratual possui natureza de responsabilidade extracontratual.

A doutrina e a jurisprudência italianas adotam posição no sentido de que o disposto no art. 1.337 do seu Código Civil, que dispõe acerca do dever de boa-fé imposto às partes durante as negociações em vista da formação de um contrato, constitui-se como sendo de natureza extracontratual.

Entendem os italianos que a violação do art. 1.337 de seu Código Civil constituiria hipótese do princípio do *neminem laedere*, sob o argumento de que o dano causado em virtude da violação do princípio da boa-fé, seria um dano injusto, enquadrando-se no sentido aplicado à responsabilidade extracontratual. Assim, *“o dever de se comportar segundo as regras da boa-fé não é, para a maior parte da doutrina italiana, mais do que uma especificação do dever geral do neminem laedere, em que se fundamenta a responsabilidade aquiliana”*⁵⁶

Na visão de Adriano de Cupis, *“la teoria extracontrattualistica è apparsa, quindi, preferibile preferibile, come quella che non urta contro gli ostacoli caratteristici della teoria contrattualistica; il soggetto, si è rilevato, in quanto ponesi a contrattare, deve quelle stesse cautele che ad ogni consociato incombono nei riguardi degli altri in tutte le proprie relazioni”*⁵⁷

⁵⁶ RICHTER, Giorgio Stella. **La responsabilità precontrattuale**. Torino. Utet Libreria, 1996, pag. 123. In: PEREIRA, Regis Fichtner..., ob. cit., pag. 236

⁵⁷ DE CUPIS, Adriano. **Il danno. Teoria generale della responsabilità civile**. Milano. Dott. A. Giuffrè Editore. 1946.pág. 50. Tradução: “a teoria extracontratualista é preferível por não ter contra si os obstáculos da teoria contratualista, já que o indivíduo, quando se propõe a contratar, deve ter as mesmas cautelas que qualquer membro da sociedade deve observar com respeito aos demais, quando pratica seus próprios atos”. In: PEREIRA, Regis Fichtner..., ob. cit., pag. 236.

Sustenta ainda a maior parte da doutrina italiana, que o art. 1.337 é norma desprovida de sanção, razão pela qual não haveria como aplicá-la, sem se remeter ao art. 2.043 do Código Civil italiano, que diz que qualquer fato doloso ou culposos que causa a outrem um dano injusto, obriga aquele que cometeu o fato a ressarcir o dano.

Talvez o argumento mais forte utilizado pela doutrina italiana, dá conta de que, no período de negociações ainda não há um vínculo contratual, razão pela qual não se pode aferir responsabilidade contratual, mas somente extracontratual. São ainda, radicalmente contra a idéia difundida na Alemanha de que na fase das negociações é estabelecido um vínculo obrigatório entre as partes, cujo descumprimento daria asas a incidência às regras de responsabilidade contratual.

Mesmo posicionamento italiano é adotado em Portugal, donde se entende que, a responsabilidade pré-contratual possui natureza extracontratual, tendo em vista o disposto nos artigos 800 c/c art. 500 do Código Civil português⁵⁸.

Na Argentina também há o posicionamento majoritário da doutrina no sentido de que a responsabilidade pré-contratual possui natureza jurídica extracontratual, pelo simples motivo de que *“no se trata de responsabilidad contractual, porque aún no hay contrato firmado”*⁵⁹

Assim como em Itália, Portugal e Argentina, França e Espanha, também adotam o mesmo entendimento.

O posicionamento majoritário da doutrina brasileira a respeito do assunto vai também no sentido de que a responsabilidade pré-contratual possui natureza extracontratual, basicamente adotando o mesmo discurso italiano, baseado no *neminem laedere*. Neste sentido, Récio Eduardo Cappelari, dá seu depoimento:

⁵⁸ COSTA, Mário Júlio de Almeida. Ob. cit., pág. 97-98. Verbis: “(...) encontra-se facilitado o problema da qualificação ou natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual, nomeadamente pela ruptura das negociações. Devendo entender-se que é função precípua da construção jurídica a explicação teórica das soluções práticas mais razoáveis, tem pleno cabimento afirmar que, em face do nosso direito, o ilícito civil de que nos ocupamos, reveste natureza extracontratual ou aquiliana”.

⁵⁹ STIGLITZ, Ruben S. y STIGLITZ Gabriel A. ob. cit. Pág. 47.

“A responsabilidade é, nestes casos, efetivamente extracontratual, porque o que caracteriza a RPC é o comportamento das partes e não o inadimplemento de um contrato, fato que não há de pensar, visto que o contrato não chegou a existir, pelo que a infração dos deveres alocado na fase pré-contratual, qualifica-se como ofensa ao princípio geral de não lesar – neminen laedere. Além do mais, no comportamento de quem transgride os deveres pré-contratuais de agir corretamente, são reconhecíveis os caracteres próprios de um fato ilícito, quais sejam, um comportamento culposos (lato sensu), que produz a outrem um dano e que, por sua vez, gera um dever de ressarcimento, culpa, esta, a ser detectada pela comparação com a conduta gerada pelo princípio da boa-fé”⁶⁰.

4.1.3 – A responsabilidade pré-contratual como responsabilidade *sui generis*

A responsabilidade civil é tradicionalmente analisada sob a forma contratual e extracontratual. Normalmente, qualquer tipo de ocorrência existente que possa gerar responsabilidade é “encaixado” e “emoldurado” pela doutrina em um destes dois grandes grupos de classificação. Com a responsabilidade pré-contratual, como visto acima, não foi diferente. Vários foram os estudos realizados a fim de caracterizá-la como sendo hipótese de responsabilidade contratual ou extracontratual.

Tomando-se ciência dos estudos praticados e das conclusões atingidas, sejam elas pendentes para o lado da responsabilidade contratual ou para o lado da responsabilidade extracontratual, percebe-se que tanto uma quanto a outra não são capazes de enquadrar completamente todas as hipóteses de responsabilidade pré-contratual. Ocorre muito de alguns casos se encaixarem plenamente como responsabilidade contratual e, outros, extracontratual.

⁶⁰ CAPPELARI, Récio Eduardo. **Responsabilidade pré-contratual: aplicabilidade ao direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. pág. 56.

Surge, então, em nossa doutrina, uma análise de que a responsabilidade pré-contratual seria possuidora de natureza jurídica específica, *sui generis*. Configuraria, como defende Régis Fichtner Pereira⁶¹, uma “terceira via” da responsabilidade civil, tendo em vista que demanda tratamento distinto das espécies tradicionais de responsabilidade civil.

E é esta “terceira via” que será analisada no próximo tópico.

4.1.4 – A terceira espécie de responsabilidade: responsabilidade pré-contratual.

Tendo em vista as gritantes dificuldades encontradas pelos doutrinadores para alocar todos os casos de responsabilidade pré-contratual em um só grupo de responsabilidade civil, seja ela contratual ou aquiliana, parte da doutrina passa a reconhecer a existência, ou ao menos a necessidade de configuração de uma “terceira via” de responsabilidade civil, distinta das duas tradicionais espécies, contratual e aquiliana. Da mesma forma, passa a ser reconhecida também a dificuldade de aplicação dos dois tipos clássicos à fase das negociações contratuais.

Tal pensamento foi inaugurado por Rodolfo Sacco⁶², em artigo publicado no ano de 1951, faz uma análise de uma decisão da Corte de Cassação italiana acerca da responsabilidade do mandante por atos praticados pelo mandatário com exorbitância de poderes, tendo havido *culpa in elegendo*, e tendo o mandatário contribuído para que o terceiro de boa-fé lesado, acreditasse que o mandatário possuía poderes para praticar atos, com base na teoria da aparência. A Corte de Cassação qualificou a responsabilidade do mandante como sendo de natureza extracontratual, em decorrência de que o contrato gerado foi considerado nulo por ter o mandatário atuado sem possuir poderes para tanto, fazendo surgir a incidência da *culpa in contrahendo* prevista nos arts. 1.338 e 1.339 do Código Civil Italiano.

⁶¹ PEREIRA, Régis Fichtner..., ob. cit., pág. 248.

⁶² SACCO, Rodolfo. **Culpa in contrahendo e culpa aquiliana; culpa in elegendo e apparenza.** In Rivista del Diritto Commerciale. Vol. 02. Milano, 1951. Págs. 82/91.

Na opinião de Sacco, a responsabilidade aferida no caso, não se enquadraria nem na esfera contratual, nem na esfera delitual, sendo que, segundo as regras que disciplinam a *culpa in contrahendo*, tendo-se gerado um contrato, afastada estará a aplicação da responsabilidade extracontratual e, sendo ele nulo, afastada estará a aplicação da responsabilidade contratual, restando, portanto, que a responsabilidade civil em questão não se enquadraria em nenhum dos tipos clássicos de responsabilidade civil⁶³.

Antônio Chaves, em seu livro “Responsabilidade Pré-contratual”⁶⁴, após análise de uma série de teorias a respeito do tema, chega a conclusão de que a responsabilidade pré-contratual, pela sua natureza, não é capaz de subordinar-se a um único princípio teórico, chegando, inclusive a propor a criação de uma nova espécie de responsabilidade, conforme se depreende do trecho transcrito na seqüência.

“Se havia uma responsabilidade possível, resultando do simples fato das negociações, isso não podia ser senão no direito comum, sobre a base do delito ou do quase-delito. Apesar de não haver acordo quanto ao fundamento de que se deva atribuir à responsabilidade pré-contratual, – conclui – sentem todos que o direito comum tornou-se insuficiente, que é preciso alargá-lo, que é preciso criar uma responsabilidade especial e nova, resultando do simples fato de ter-se produzido uma declaração de vontade no sentido jurídico da palavra, e de que ela não espera senão o encontro de uma adesão correspondente para transformar-se em contrato”⁶⁵.

Pontes de Miranda, por sua vez, limita-se a vislumbrar a existência de um tipo especial de responsabilidade gerado por um dever especial decorrente das negociações contratuais, asseverando que *“todos os homens têm de portar-se*

⁶³ SACCO, Rodolfo. Idem, pág. 257-259.

⁶⁴ CHAVES, Antônio. **Responsabilidade pré-contratual**. 2ª ed. rev. ampl. e atual. Editora Lejus: São Paulo, 1997.

⁶⁵ CHAVES, Antônio. **Responsabilidade pré-contratual**... pág. 140. In: PEREIRA, Regis Fichtner..., ob. cit., pág. 262

*com honestidade e lealdade conforme os usos do tráfico , pois daí resultam relações jurídicas de confiança, e não só relações morais*⁶⁶.

Judith Martins-Costa acredita que na fase das negociações contratuais as partes encontram-se umas em relação às outras, em uma espécie de *contato contratual*, que não chega a ser um contrato propriamente dito, mas também não é mais um simples contato social. Seria, portanto, uma situação intermediária e específica, capaz de gerar deveres especiais, resultantes da boa-fé objetiva, cujo descumprimento seria fonte de responsabilidade pré-contratual. A este respeito, veja-se trecho de sua tese de doutorado:

*“Atualmente, não se tem dúvidas em fundar a responsabilidade pré-contratual – que alguns autores sustentam formar um tertium genus, ao lado da responsabilidade contratual e da aquiliana – redimensionando seu âmbito de incidência, no princípio da boa-fé objetiva, porquanto “a relação dirigida à conclusão de um negócio torna-se fonte da obrigação de comportar-se com boa-fé no momento em que surge para uma ou para cada uma das partes confiança objetiva na outra.”*⁶⁷

O autor italiano Giorgio Stella Richter, indo contra o entendimento majoritário da doutrina de seu país, entende que a responsabilidade pré-contratual não se amolda totalmente, em todas as suas hipóteses possíveis, em nenhuma das espécies clássicas de responsabilidade civil, sendo que, por vezes pode facilmente ser encarada como responsabilidade aquiliana, por vezes, pela violação de uma obrigação de boa-fé existente entre as partes, onde seria enquadrada no campo da responsabilidade contratual, ou ainda, pela falha ou falta de execução de algo previamente acordado, caso em que poderia ser enquadrado no campo da estrita responsabilidade contratual.⁶⁸

⁶⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado**. Tomo XXXVIII. 3ª ed. Rio de Janeiro, 1972. pág 321.

⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **Sistema e cláusula geral – A boa-fé objetiva no processo obrigacional**. Tese de doutorado em Direito Civil apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2 Vols., 1996. pág. 158. In: PEREIRA, Regis Fichtner..., ob. cit., pág. 262.

⁶⁸ RICHTER, Giorgio Stella. **La responsabilità...** ob. cit. págs.124/125. “Por último, foi recentemente levantada a hipótese de que a responsabilidade pré-contratual ‘não tem sempre os mesmos caracteres, e deve, ao invés, ser enquadrada, nos casos particulares, ou no âmbito da responsabilidade aquiliana ou no âmbito da responsabilidade (contratual) pela violação de uma específica obrigação de boa-fé existente

Em recente obra denominada *Uma “terceira via” da responsabilidade civil?*, o autor português Manuel Carneiro da Frada⁶⁹, reconhece que, embora em franca minoria, a doutrina já vem reconhecendo que existem certos tipos de responsabilidade que não se enquadram na sua totalidade em nenhuma das espécies clássicas, não sendo legítima a sua vinculação exclusiva a uma delas.⁷⁰ Dentre estes tipos de responsabilidades, por assim dizer “anômalas”, Frada destaca o caso da *culpa in contrahendo* como sendo uma das mais características, sendo inclusive prevista no art. 227º do Código Civil português.⁷¹

Frada observa ainda, que a *culpa in contrahendo* tem sua atuação em contextos particularizados, que não se identificam com a responsabilidade delitual, tendo em vista que esta se caracteriza como sendo um comportamento genérico, que não leva em conta o contexto relacional existente entre as partes, o que não ocorre na *culpa in contrahendo*, como já esclarecido. Da mesma forma, a responsabilidade *in contrahendo* também não se identifica plenamente com a natureza obrigacional, tendo em vista que na fase negocial, os deveres de comportamento exigidos não são constituem

entre as partes, ou, por fim, no âmbito de uma responsabilidade contratual em sentido estrito, derivante da inexecução ou da inexata execução de uma preexistente relação contratual’. Deve se dar conta, para concluir, do fato que se nega também, que a responsabilidade pré-contratual possa configurar-se seja em termos de fato ilícito, seja em termos de obrigação, afirmando-se na verdade muito obscuramente, que a violação do princípio do boa-fé deve identificar-se com a figura do abuso do direito em senso objetivo e com o descumprimento do dever geral de *venire contra factum proprium*.” In: PEREIRA, Regis Fichtner..., ob. cit., pág. 268.

⁶⁹ PEREIRA, Regis Fichtner..., ob. cit., pág. 270, Aput. FRADA, Manuel Carneiro da. **Uma terceira via no direito da responsabilidade civil? O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedade**. Livraria Almedina, 1997.

⁷⁰ FRADA, Manuel Carneiro da. Ob. cit. pág. 85, verbis “Embora francamente minoritária no contexto da doutrina nacional, tem vindo recentemente a afirma-se entre nós a orientação de que entre as duas modalidades ‘clássicas’ de responsabilidade tradicionalmente reconhecidas – a obrigacional e a extraobrigacional delitual – existe espaço para situações de responsabilidade que não deixam enquadrar linearmente nessas duas formas tradicionais. Esta orientação supera, é certo, os hábitos da distinção entre essas responsabilidades, mas, como é evidente, pressupõe-na. De facto, persuadimo-nos de que determinadas hipóteses de responsabilidade aceites nos nossos dias não se deixam resolver com recurso aos quadros usuais do contrato ou do delito. Nessa medida, a admissibilidade de uma ‘terceira via de responsabilidade’ torna-se praticamente um imperativo.” In: PEREIRA, Regis Fichtner..., ob. cit., pág. 270.

⁷¹ FRADA, Manuel Carneiro da. Idem, pág. 87/88 verbis: “O afloramento porventura mais importante de uma responsabilidade não tipicamente contratual nem delitual no direito vigente é constituído pela *culpa in contrahendo*, uma forma de responsabilidade *suigeneris*, intercalada de algum modo entre aquelas duas, e que é objecto entre nós de previsão específica no art. 227º.” In: PEREIRA, Regis Fichtner..., ob. cit., pág. 270

obrigações em sentido estrito, não se constituindo, da mesma forma, em deveres de prestar. Como já dito, são apenas deveres de conduta regrados pela boa-fé e a probidade, a serem observados durante a fase das tratativas negociais.

A grande vantagem prática apresentada por Frada, diz respeito ao fato de que a responsabilidade pré-contratual admite a que a indenização atinja tão somente o dano patrimonial, ao contrário do que estabelece a responsabilidade delitual, por a responsabilidade pré-contratual nascer somente em contextos de âmbito limitado.

Outro autor português, Jorge Sinde Monteiro, também corrobora com a idéia de uma terceira espécie de responsabilidade civil. Segundo ele, há a possibilidade e também a necessidade de se estabelecer uma nova forma para a resolução dos conflitos que se estabelecem em áreas intermediárias do direito que não chegam a figurar como sendo de natureza delitual, tendo em vista que já houve uma aproximação entre as partes, com a realização de negociações, nem chega a caracterizar a natureza contratual tendo em vista que ainda não há contrato, nem obrigação específica. Afirma ele, no caso da *culpa in contrahendo*, que *“o intérprete não está obrigado tirante isso, a aplicar as regras de um ou outro sector, ou sequer a aplicar sempre as mesmas regras, podendo ter em conta a especificidade dos casos.”*⁷²

O direito brasileiro, com evidente inspiração no direito francês, traz a regra geral de responsabilidade aquiliana prevista no art. 186⁷³. A melhor interpretação desta regra permite concluir a respeito do tema, que *“quem se recusar a contratar pura e simplesmente, ou quem, injustificadamente desiste de contratar, após iniciar eficientes tratativas, pode ser obrigado a indenizar”*⁷⁴, estando, assim, diante de caso de responsabilidade aquiliana.

⁷² MONTEIRO, Jorge Sinde. **Responsabilidade por Conselhos, recomendações ou informações**. Coimbra: Livraria Almedina, 1989. pág. 510. In: PEREIRA, Regis Fichtner..., ob. cit., pág. 273.

⁷³ “Art. 186. *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*”

⁷⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, pág. 479.

O sistema de responsabilidade aquiliana, porém, contém uma importante lacuna, tendo em vista que não delimita com exatidão a extensão da responsabilização, assim como a forma de aferi-la. A única regra específica neste assunto provém do campo dos contratos, já que o previsto no art. 403 do Código Civil faz expressa referência a uma relação contratual.

Silvio de Salvo Venosa define a responsabilidade pré-contratual como sendo de natureza aquiliana, fazendo porém uma ressalva: *“não se trata exatamente de uma responsabilidade pré-contratual, porque contrato ainda inexistente, mas de uma aspecto de responsabilidade aquiliana que tem a ver com o universo contratual.”*⁷⁵

Com isto, nota-se que no sistema jurídico brasileiro há uma forte interpenetração de normas relativas à responsabilidade aquiliana e contratual, fruto da forma concisa com que foi tratado o assunto pelo legislador. Assim, tendo em vista que as normas jurídicas oferecidas pelo Código Civil não são capazes de oferecer soluções seguras, todo o embasamento teórico a respeito destas questões envolvendo responsabilidade, fica por conta da doutrina e da jurisprudência.

Assim, a maior crítica exarada pela doutrina com relação a adoção desta terceira forma de responsabilidade civil, diz respeito ao fato de que isto importaria em se abrir mão de todo um sistema seguro e já consagrado pelas duas clássicas espécies, por algo novo, com regras ainda não bem definidas.

Já há, no entanto, na doutrina brasileira, quem pense de maneira diversa e aposte em um novo modelo de regulação que atenda as especificidades da responsabilidade pré-contratual.⁷⁶

⁷⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. Idem, pág. 479

⁷⁶ Sobre o assunto, ver: PEREIRA, Regis Fichtner..., op. cit., pág. 273 e ss.

É evidente que na fase negocial, a relação existente entre os contraentes ainda não possui caráter contratual, tendo em vista que ainda não há contrato, mas também já não se trata mais de uma mera relação social, já que entre as partes há uma meta semelhante, qual seja, a formação de um contrato.

Diante disto, é claramente identificável a existência de uma relação qualificada entre as partes. É algo mais que a simples convivência social e algo menos que a relação contratual, tendo em vista que ainda não existe uma obrigação específica para nenhuma das partes.

Na visão de Régis Fichtner Pereira, trata-se a natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual de uma relação de jurídica estabelecida entre as partes, da qual são derivados *deveres qualificados*, decorrentes diretamente da lei, como subprodutos do dever geral de boa-fé objetiva, que é capaz de gerar alguns outros deveres explicados por Fichtner:

“O dever de agir de boa-fé nas negociações contratuais gera deveres especiais de cuidado com a pessoa e os bens do outro contraente, deveres especiais de informação, dever de lealdade, dentre outros, todos construídos a partir do princípio de que, se as partes estão projetando a constituição de uma relação jurídica contratual, têm já uma finalidade comum, objetivamente identificável, o que cria para elas deveres positivos de colaboração na fase das negociações contratuais.”⁷⁷

No parágrafo seguinte arremata: *“Não se deve ter receio de identificar, na fase das negociações contratuais uma situação intermediária entre a relação contratual e a simples relação social”⁷⁸*

A questão da regulamentação desta terceira via da responsabilidade civil é algo que ainda levará tempo para ser totalmente aceito pela doutrina e jurisprudência, mas, ao que parece, trata-se do melhor entendimento a respeito do assunto.

⁷⁷ PEREIRA, Régis Fichtner..., op. cit., pág. 276-277.

⁷⁸ PEREIRA, Régis Fichtner..., op. cit., pág. 277.

4.2 – Responsabilidade pela ruptura injustificada das negociações contratuais

4.2.1 – Noção

Uma das espécies mais marcantes de responsabilidade pré-contratual, a responsabilidade pela ruptura injustificada das negociações contratuais, pode ser sinteticamente explicado pela seguinte ementa de um acórdão proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal:

“I. O dever de os negociadores agirem de boa-fé, expressamente previsto no art. 277º, nº 1, do Código Civil, vigora tanto para os contratos consensuais como para os contratos formais. – II. Viola esse imperativo da lei a conduta que traduza uma reprovável falta de consideração pelos legítimos interesses da contraparte.- III. Incorre em responsabilidade pré-contratual, com base no referido preceito, aquela das partes que, tendo criado à outra uma convicção razoável de que lhe adquiria as quotas de certa sociedade comercial, rompe, arbitrária e culposamente, as negociações verbais encetadas, pela recusa de outorgar, dentro do prazo acordado, na escritura pública necessária para a válida celebração do contrato. – IV. A indemnização abrange os danos emergentes e os lucros cessantes sofridos pelos lesados em consequência das negociações decorridas e da sua ruptura, devendo ser liquidados em execução de sentença, nos termos do artigo 661º, nº 2, do Código de Processo Civil, aqueles cujo quantitativo não se encontre ainda determinado.”

Trata-se, portanto, a responsabilidade pela ruptura injustificada das negociações contratuais certamente da mais interessante e polémica espécie de responsabilidade pré-contratual.

Antes, porém, de abordá-la a fundo, é necessário estabelecer um diferencial entre a ruptura de uma negociação pré-contratual, e o inadimplemento de um pré-contrato ou um contrato preliminar. No pré-contrato ou no contrato preliminar as partes acabam por estipular contratualmente a obrigação de constituir o contrato por elas projetado. Isto acaba por gerar, para si mesmas,

uma obrigação de fazer, havendo, portanto, um vínculo obrigacional entre elas, o que certamente não pode ser abrangido pela responsabilidade pré-contratual, como adiante se demonstrará.

Como é sabido, a formação dos contratos se dá através do encontro de duas ou mais declarações de vontade com a respectiva aceitação. Ocorre que anteriormente a este momento fundamental, as partes realizam uma série de tratativas, troca de informações, além de estabelecerem até mesmo as bases de um futuro contrato. Ainda, como já retratado anteriormente, durante o período de negociações, não há um vínculo jurídico entre as partes capaz de gerar uma obrigação de fazer por qualquer delas, sendo que, não existindo vínculo, quaisquer das partes poderiam a qualquer momento desistir da negociação sem a constituição de qualquer vínculo obrigacional.

Não são, porém, em todas as situações de negociações, entretanto, que isto ocorre. Existem certas negociações que são capazes de gerar algum tipo de responsabilização para a parte que desiste injustificadamente.

O que vigora no âmbito das negociações contratuais é o princípio da autonomia da vontade⁷⁹, que dá ao contratante a liberdade para desistir a qualquer tempo, antes da plena realização do contrato. Assim, ninguém é obrigado a estabelecer o contrato com outra pessoa pelo simples fato de ter dado início a uma negociação, sendo certo que, somente após a realização do contrato é que surge o vínculo obrigacional entre as partes. Se porventura existisse a obrigação de completar todas as negociações iniciadas, certamente haveria um sério entrave econômico, tendo em vista que as pessoas, a fim de ser resguardarem, evitariam iniciar quaisquer espécies de negociações.⁸⁰

⁷⁹ Neste sentido, COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Responsabilidade civil pela ruptura injustificada das relações preparatórias de um contrato...**, op. cit., pág. 51, verbis: *“A protecção do que se opere a frustração negocial aponta para o princípio da autonomia da vontade, e o seu interesse reclama os menores entraves possíveis à liberdade de ruptura. Pois as negociações preliminares desempenharão tanto melhor o respectivo papel quanto mais as partes permanecerem livres para realizar ou não o contrato e para a modelação do correspondente conteúdo.”*

⁸⁰ PEREIRA, Régis Fichtner. **Responsabilidade civil pré-contratual...** op. cit., pág. 284.

Quem primeiro ultrapassou a teoria da *culpa in contrahendo*, fazendo-a incidir sobre outras situações que não só as de simples nulidade do contrato ou de vícios do objeto no contrato validamente concluído foi o autor italiano Gabrielle Faggella⁸¹, cuja teoria foi imediatamente absorvida pelos tribunais italianos e consistia no fato de que a ruptura injustificada das negociações contratuais pode acarretar na violação de um acordo tácito pré-contratual existente entre os contraentes.

Tal acordo tácito pré-contratual constituiria no fato de que as partes estariam obrigadas a levar as negociações até o estabelecimento de um contrato, ou ao menos até que as partes chegassem à conclusão de que os interesses não são mais comuns. Uma ruptura injustificada nesta fase, geraria à parte que a deu alça a um dever de indenizar.

Discordando um pouco do pensamento de Faggella, o autor francês Raymond Saleilles admitia a hipótese de responsabilização pela ruptura injustificada das negociações contratuais, porém entendia que esta não provinha da quebra de um acordo tácito pré-contratual, mas sim de uma espécie de garantia legal fundada na boa-fé e na equidade, que estabeleceria limites à retirada injustificada de uma negociação. Além deles, outro autor, alemão, de nome Hans Stoll também explorou este campo da responsabilidade pré-contratual em obra cujo título é *“Die Haftung für das Verschulden während der Vertragsverhandlungen”*, editada em 1923.

A partir dos trabalhos inovadores dos três doutrinadores citados, o entendimento que passou a vigorar foi o de que o princípio da boa-fé não poderia incidir mais somente durante o período contratual, devendo também abranger o período pré-contratual, tendo em vista que durante as negociações contratuais surge entre os contraentes uma relação jurídica especial, que faz com que aumente sobremaneira a capacidade de um contraente causar danos ao outro, gerando o dever de indenizar.

⁸¹ Faggella foio autor da obra intitulada “Dei periodi precontrattuali e della loro vera e esatta costruzione scientifica” publicado em 1906.

No Brasil a teoria da responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais foi aceita pela doutrina, apesar da pouca difusão dada ao assunto. Tanto o Código Civil de 1916, quanto o Código Civil de 2002, não tratam da questão. O que mais próximo chegou foi o Código Civil de 2002 que em seu art. 422 diz que *“Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”*, redação que pode até mesmo dar azo a uma interpretação extensiva para o período pré-contratual.

Assim, a fim de que se pudesse haver a exigência de determinadas espécies de comportamentos pelos contraentes, no Brasil houve um reconhecimento por parte de doutrina e dos tribunais a existência de deveres jurídicos especiais que são estabelecidos entre eles, durante a fase das tratativas contratuais. Dentre os referidos deveres surgidos, destaca-se aquele que trata do dever de as partes agirem com correção e lealdade umas com as outras.⁸²

O que ficou estabelecido pelo entendimento jurisprudencial e doutrinário, foi exatamente que deve haver uma proteção da confiança depositada por ambos os contraentes um no outro, bem como no negócio que estão celebrando. Caso um dos contraentes cometa uma deslealdade com o outro, querendo ludibriá-lo, falseando a sua verdadeira intenção, ou possibilidade de conduzir ou concluir a negociação, ferindo profundamente as reais expectativas geradas, tal fato poderá vir a gerar a uma responsabilização pela ruptura injustificada das negociações contratuais.

A questão que ora se coloca, diz respeito justamente ao conflito que pode ser gerado com as situações características de hipóteses de responsabilidade pré-contratual. O conflito diz respeito a dois princípios de grande importância dentro do ordenamento jurídico e que geram importante influência na vida das pessoas. São eles o princípio da autonomia da vontade e o princípio que

⁸² Sobre este assunto, ver COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Responsabilidade...** op. cit. pág. 54, verbis: *“Através da responsabilidade pré-contratual, o que diretamente se tutela é a confiança recíproca de cada uma das partes em que a outra conduza as negociações num plano de probidade, lealdade e seriedade de propósitos, podendo chegar-se à formação de uma legítima expectativa da conclusão de um contrato válido e eficaz e da conseqüente obtenção futura dos proveitos a ele ligados”*

determina que as partes devem agir segundo a boa-fé na fase das tratativas tendo em vista que, de acordo com o comportamento adotado, é possível que se desperte na parte contrária uma confiança legítima, que se injustificadamente quebrada pode gerar responsabilização caso venha a causar prejuízos.

Tais princípios colocados em conflito versam de maneira diferente sobre o mesmo assunto. Quanto ao princípio da autonomia da vontade, o mesmo gera interesse público, na medida em que possibilita às partes de negociarem segundo suas próprias convicções, o que vem a facilitar o comércio jurídico. Já com relação ao princípio da boa-fé o mesmo também é capaz de gerar um interesse público, no sentido de que suscita uma segurança para os contraentes, na medida em que podem contratar livremente, com maior certeza de que não serão enganados e nem ludibriados, o que de forma diferente, também favorece o comércio jurídico.⁸³

Em conflito, pela sua própria natureza, os referidos não contém conceitos determinados, o que faz com que demandem a toda hora a interpretação dos aplicadores das leis, mediante análise de cada caso concreto em julgamento, sendo certo que a utilização de um ou outro princípio, deve ser levada com muita atenção. Cada caso concreto é que vai determinar o melhor princípio a ser aplicado. Desta forma, não será qualquer ruptura das negociações que possuirá a capacidade de gerar responsabilização, assim como não poderá se admitir que qualquer das partes pertencente a uma negociação aja com total irresponsabilidade perante o outro contraente.

Neste sentido é o entendimento de Mário Júlio de Almeida Costa:

“Exato se afigura o critério que, por uma lado não implique uma demasiada restrição à capacidade deliberativa da partes e que, por outro lado, garanta um mínimo equilibrado de certeza e segurança nas negociações. Como tantos

⁸³ PEREIRA, Régis Fichtner. **A responsabilidade pré-contratual...** op. cit. pág.293.

outros domínios, impõe-se conciliar a liberdade individual com as exigências de justiça e de recta convivência entre os homens.”⁸⁴

Esta relatada falta de objetivação na interpretação dos casos de responsabilidade pela ruptura injustificada de uma relação contratual, entretanto não é total. Há sim alguns parâmetros que podem servir de base para uma efetiva verificação da existência ou não da necessidade de responsabilização.

Ainda neste sentido o posicionamento de Clóvis do Couto e Silva a respeito do art. 239 do Código Civil português é o seguinte:

“Segundo esse preceito, no qual se cuida de completar a declaração da vontade formadora do conteúdo do negócio, se não for possível preencher, construindo o ponto omissso da declaração com a vontade presumível das partes, ou porque essa “construção” ofende à lealdade ou à confiança, então aplicar-se-á o princípio objetivo da boa-fé.”⁸⁵

A doutrina relata quatro como sendo os fundamentos básicos para a caracterização da responsabilidade pela ruptura injustificada das negociações contratuais. Seriam elas: a) a própria existência de negociações; b) a culpa, que deve ser encarada como a violação do princípio da boa-fé objetiva; c) o dano causado; e c) o nexo causal.⁸⁶

4.2.1 – Requisitos e fundamentos da responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais.

Como já mencionado neste trabalho, um dos alicerces de toda a teoria da responsabilidade pré-contratual é o princípio da boa-fé objetiva, que vem a ser aquele em que se exige de ambas as partes em negociação, que mantenham

⁸⁴ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Responsabilidade civil pela ruptura...** op. cit. pág. 52.

⁸⁵ COUTO e SILVA, Clóvis do. **O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português.** In. Estudos de direito civil brasileiro e português (I jornada luso-brasileira de direito civil). São Paulo: RT, 1980. pág.67.

⁸⁶ A este respeito, ver PEREIRA, Régis Fichtner. **A responsabilidade pré-contratual...** op. cit. pág.293.

seu comportamento dentro de um determinado padrão de exigência, com base em na retidão, lealdade e honestidade, levando-se em conta os interesses da contraparte.

Tal princípio, como também já relatado, é reconhecido como sendo uma base para as relações pré-contratuais, tendo em vista o contato que é estabelecido entre as partes na fase negocial, contato este que já não é mais uma mera relação social, mas sim um contato qualificado, capaz de gerar deveres para ambas as partes.

Dentre as possíveis infrações ao princípio da boa-fé nas fases de negociação, a que possui maior relevância no que tange ao caso da responsabilidade pela ruptura injustificada das negociações contratuais, é a questão do *venire contra factum proprium*, que pode ser literalmente traduzida como sendo “o exercício de um direito em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo titular.”⁸⁷ Na visão de Francisco José Ferreira Muniz, “*infringe a boa-fé quem pretende fazer valer um direito em contradição com sua conduta anterior, na qual a outra parte confia*”,⁸⁸ o que nada mais é do que a concretização do *venire contra factum proprium*, que possui grande poder de gerar responsabilidade pré-contratual.

Segundo a teoria que entende que o *venire contra factum proprium*, uma das manifestações de quebra do princípio da boa-fé objetiva, é um dos fundamentos da responsabilidade pela ruptura injustificada das negociações contratuais. Tome-se o caso de alguém que, pelo seu comportamento, gere na parte contrária, uma confiança real de que manterá uma determinada linha de conduta, que é propensa à concretização do contrato. Caso esse alguém, posteriormente, sem qualquer justificativa, mudar seu comportamento, tornando-o incompatível com o que havia demonstrado anteriormente, o que acaba por frustrar a confiança gerada na parte contrária. Neste caso, o *venire*

⁸⁷MUNIZ, Francisco José Ferreira. **O princípio geral de boa-fé como regra de comportamento contratual.** In Textos de direito civil Curitiba: Juruá, 1998. pág.41

⁸⁸ MUNIZ, Francisco José Ferreira. Idem, Ibidem.

contra factum proprium é fundamento para a responsabilização pela ruptura injustificada das negociações contratuais.

Na mesma linha de raciocínio, porém em outras palavras é o pensamento de Antônio Junqueira de Azevedo, que traz como pressupostos para a caracterização da responsabilidade pela ruptura injustificada das negociações contratuais, quatro fundamentos, baseados na boa-fé, o que não deixa de ser uma clara manifestação do *venire contra factum proprium*.

O primeiro fundamento é a expectativa criada na outra parte através do comportamento adotado pelo contraente. Não basta, porém, a mera criação de uma expectativa para que já seja criado o dever de indenizar em caso de ruptura injustificada. É de fundamental importância que este que foi o alvo da expectativa tenha realizado algum tipo de investimento nela. “Se o comportamento foi tal que criou uma expectativa, e se a pessoa que teve a expectativa gastar alguma coisa para fazer o negócio, tal como contratar secretária perícia e assim por diante, e depois, abusivamente, o possível contraente romper as negociações, então temos dois pressupostos: expectativa mais investimento.”⁸⁹ Como terceiro pressuposto, tem-se a necessidade de que a expectativa seja fundada. Ainda, como um quarto pressuposto, no entendimento de Antônio Junqueira da Azevedo, é necessário que a causa da expectativa seja relacionada de alguma forma com a outra parte.⁹⁰

Outra corrente que se dedica ao estudo da responsabilidade pré-contratual, estabeleceu como pressuposto básico para que possa haver uma responsabilização pela ruptura das negociações, a teoria do abuso de direito, como é o caso de Carlos Alberto da Mota Pinto.

A idéia básica defendida por estes doutrinadores, diz respeito ao fato de que toda pessoa que esteja em negociação possui o direito potestativo de estabelecer ou não uma relação jurídica contratual. Assim, mesmo que as

⁸⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de Azevedo. **Comentários sobre o projeto do código civil brasileiro**. Série cadernos do CEJ, V 20. Brasília: CJF, 2002.

⁹⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de Azevedo. *Idem*.

negociações já estejam em andamento, seria direito inerente de cada contraente em romper as negociações se bem lhe convier. Ocorre que, em determinadas situações, o exercício deste direito potestativo pode se dar de forma abusiva, lesando a parte contrária.

E é aí que estaria caracterizado o abuso do direito. Abuso do direito de não contratar, que pode ser facilmente caracterizado nas situações em que há o início das negociações com vistas a concretização do negócio..

A crítica realizada por Régis Fichtner Pereira, diz respeito ao fato de que a teoria que fundamenta a responsabilidade pela ruptura injustificada das negociações contratuais preocupa-se tão somente com o fato do abuso de direito ao se romper uma tratativa. O simples fato, isolado, de romper, porém, não quer dizer nada. A solução do problema, segundo Fichtner, não está em estabelecer-se se o rompimento foi abusivo ou não, mas sim em se verificar se está de acordo ou não com o comportamento adotado até então pelo contraente.⁹¹

Ainda segundo Fichtner, caso a teoria do abuso de direito fosse aquela que prevalecesse, o rompimento de uma tratativa por abuso de direito não geraria direito à indenização, mas sim uma obrigatoriedade legal de estabelecer o contrato.⁹²

Diante disso, pode-se dizer com convicção, que a responsabilidade pela ruptura injustificada das negociações contratuais encontra seu real fundamento, positivamente, na proteção à confiança depositada pela parte prejudicada pela ruptura depositou na concretização do contrato e, negativamente, na proibição do *venire contra factum proprium*.⁹³

⁹¹ PEREIRA, Régis Fichtner. **A responsabilidade pré-contratual...** op. cit. pág.302.

⁹² PEREIRA, Régis Fichtner. Idem, Ibidem.

⁹³ PEREIRA, Régis Fichtner. Idem, pág. 304.

4.2.2 – Configuração da responsabilidade pela ruptura injustificada das negociações contratuais.

Conforme já dito acima, em linhas gerais, a responsabilidade pela ruptura injustificada das negociações contratuais necessita de alguns elementos qualificadores que tem a função de configurar a ruptura das negociações, da maneira como foi exposto acima, tendo assim capacidade para gerar responsabilização.

Os elementos qualificadores são, como já dito: a própria existência de negociações; a culpa, que deve ser encarada como a violação do princípio da boa-fé objetiva; o dano causado; e o nexo causal.

4.2.2.1 – Existência de verdadeiras negociações

Talvez o elemento mais importante dentre todos, é evidente que para que haja a responsabilidade pela ruptura injustificada das negociações contratuais, faz-se necessária a existência de negociações.

A condição necessária para a existência de negociações é, a priori, quando se verifica a atividade comum dos contraentes com o objetivo de constituir-se um negócio. Não se trata da necessidade de uma anuência específica de uma das partes à atuação da outra, mas tão somente de uma concordância implícita sobre isto.

O ponto fundamental no que diz respeito à existência de negociações, é a exata configuração do que seria uma verdadeira negociação. Por certo, uma verdadeira negociação deve ter por característica a existência de uma atividade comum de ambos os contraentes, no sentido de se proceder a análise e elaboração do projeto, com vistas a celebração de um contrato. De outro modo, esta fase inicial poderia ser caracterizada como uma mera preparação à fase negociatória.⁹⁴

⁹⁴ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Responsabilidade civil pela ruptura...** op. cit. pág. 54.

Assim, com o efetivo início das negociações, onde estarão presentes os diálogos, estudos conjuntos, acerto provisório quanto ao pagamento, ou parcelamento, enfim, com todo o desenrolar das negociações, o que vai naturalmente ocorrendo é a produção de uma confiança em alguma das partes, de que o contrato efetivamente será realizado, confiança esta que faz surgir e desenvolver-se potencial ou virtualmente, a responsabilidade. O nunca pode ser esquecido, é a necessidade de que esta confiança seja legítima, baseada em dados concretos obtidos com as negociações, sempre dentro de um padrão de compreensão do homem comum.⁹⁵

A extensão, o conteúdo ou a duração dos contratos é algo que é muito peculiar de cada espécie de contrato. Por certo, há contratos que são realizados de forma muito célere, com a simples oferta e anuência. Já outros demandam já de uma fase de negociações que pode ser englobada por troca de informações sobre o objeto do contrato, realização de estudos e observações sobre o objeto do contrato, pesquisa de campo, o que pode gerar custos para a parte, discussão acerca dos resultados obtidos com as investigações preliminares, redação de uma minuta do contrato, onde são colocados as necessidades de cada contraente, incitação à parte contrária em realizar uma proposta concreta e, finalmente a efetiva proposta, que dependerá de aceitação da parte contrária.

A responsabilidade pela ruptura injustificada das negociações contratuais necessita, é decorrente da violação de valores de conduta assumidos em contratos de grande complexidade, não possuindo validade para contratos de fugazes, corriqueiros, ainda que com o objetivo de se estabelecer um contrato.⁹⁶

A exata caracterização do que seria efetivamente uma negociação, deve ser, portanto, analisado muito criteriosamente, sendo certo que expectativas criadas por pessoas extremamente otimistas ou tomadas por um estado psicológico ou

⁹⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Idem*, *Ibidem*.

⁹⁶ PEREIRA, Régis Fichtner. **A responsabilidade pré-contratual...** op. cit. pág.307.

convicção com puras raízes subjetivas, a ponto de não enxergar a real condição da relação, não tem qualquer valor para efeitos de responsabilidade.⁹⁷

O que é realmente exigido como pressuposto de existência de negociações, não é em si a quantidade de conversações estabelecidas entre as partes, mas sim a qualidade das tratativas, a seriedade demonstrada e o grau de confiança gerado na parte contrária. *“Quanto maior a confiança que um dos contraentes incute no outro, de que o contrato projetado será estabelecido, mais facilmente se configurarão os requisitos para a sua responsabilização caso venha a interromper as negociações sem que se constitua o contrato.”*⁹⁸

Neste sentido, um importante elemento caracterizador da verdadeira existência da negociação diz respeito à chamada “punctação” do contrato. o termo provém do alemão *punktation* que caracteriza as situações em que o contrato vai aos poucos se formando, de maneira gradual, a medida que as partes vão manifestando suas reais intenções, pontuando aspectos parciais do contrato, culminando na elaboração de uma minuta contratual.

A “punctação”, não prova a existência do contrato, mas sim as negociações existentes para a sua concretização. Assim, quando ocorre a punctação, as partes ficam com maiores motivos para acreditar na realização do contrato, aumentando, portanto, o nível de confiança na sua concretização.

4.2.2.2 – A culpa como inobservância do princípio da boa-fé objetiva

Após destacarmos o primeiro elemento de configuração da responsabilidade pela ruptura injustificada das negociações contratuais, que foi a efetiva existência de negociações, passamos agora à análise do segundo elemento também indispensável à ocorrência de responsabilidade, que é a existência da culpa.

⁹⁷ Sobre isto ver: AZEVEDO, Antônio Junqueira de Azevedo. **Comentários sobre o projeto do código civil brasileiro**. Série cadernos do CEJ, V 20. Brasília: CJF, 2002.

⁹⁸ PEREIRA, Régis Fichtner. **A responsabilidade pré-contratual...** op. cit. pág.308.

Neste sentido, a primeira observação que se faz necessária é a observância de que, pelo fato de as pessoas serem livres para contratar da forma que lhes convier, sempre, é claro, respeitando o princípio da boa-fé objetiva, não há lugar para a caracterização da responsabilidade objetiva no campo da responsabilidade pré-contratual pela ruptura das negociações. Se assim fosse, toda pessoa que rompesse com uma negociação seria responsabilizada de forma objetiva, o que, certamente, não é o que acontece e não é o que deve acontecer.⁹⁹

A responsabilidade pré-contratual pela ruptura das negociações contratuais exige, portanto, a existência de culpa do que as interrompeu. Não há qualquer possibilidade de se imputar a responsabilidade a um contraente que rompeu com as negociações, se não puder ser a ele imputada uma culpa por isso.

A culpa, por sua vez, pode assumir variados significados que influenciam na determinação da responsabilidade. A culpa pode se dar no sentido amplo, pelo que se entende como uma infração aos deveres de conduta em sociedade, violação esta que pode até configurar o dolo, que é a intenção em agir de forma a lesar o outro. Pode-se ainda configurar-se outra espécie de culpa, qual seja a culpa em sentido estrito, que se trata da violação do dever de agir com cuidado e atenção, bem como na violação do dever de agir com a perícia que a situação exige.

O estudo da responsabilidade pela ruptura injustificada das negociações contratuais exige que haja uma análise das acepções de culpa, indo desde o dolo até as variadas conceituações de culpa.

⁹⁹ Neste sentido, veja-se opinião de Récio Cappelari, in: **Responsabilidade pré-contratual...** op. cit. pág. 42. verbis: “Divergimos da doutrina objetiva, todavia, não pelas razões que explora, Planiol, Ripert e Antônio Chaves, ou seja, por se basearem exacerbadamente na culpa, mas, sim, porque cremos que seria injustificável uma solução, proclamando a responsabilidade de todos os casos de abandono das atividades de predisposição negocial. Se adotado o modelo de responsabilidade objetiva se conferiria às partes uma segurança superior àquela de que desfrutam no interior dos contratos, o que seria inadmissível, podendo conduzir a uma diminuição acentuada das contratações. Só se poderia admitir a responsabilidade objetiva nos casos de responsabilidade pré-contratual, a fim de traduzir-se num breve alargamento das hipóteses de responsabilidade, como para os casos de RPC do menor e do preposto, com o que concordamos, mesmo porque reputamos que o princípio da boa-fé também é o fundamento nessas configurações.”

Com relação ao dolo não há nenhuma novidade no seu tratamento face à responsabilidade pré-contratual, tendo em vista que toda vez que alguém causar dano a outrem por sua própria vontade, ou seja, agindo com dolo, configura-se o dever de indenizar, seja na fase contratual, pré-contratual, ou até mesmo pós-contratual. Assim, mesmo quem por ventura inicie negociações possuído pela boa-fé, e no transcorrer dos acontecimentos interrompa seu curso com o único objetivo de lesar o outro, este agente será responsabilizado por seus atos.¹⁰⁰

A hipótese de dolo traz, certamente uma maior facilidade na caracterização da responsabilidade pré-contratual em questão, ao passo que a hipótese de culpa demanda uma análise mais profunda acerca da incidência da responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais.

Na Alemanha, a jurisprudência dominante vem exigindo que além da confiança das partes na configuração do contrato, haja também grave quebra dos deveres de correção, consistentes no princípio da boa-fé objetiva, para que fique configurado o dever de indenizar pela responsabilidade pré-contratual pela ruptura das negociações. Veja-se a ementa proveniente do BGH alemão:

“Se a estipulação de um contrato formal for dada como certa, pode, em princípio, a ruptura das negociações por uma parte, fundamentar a pretensão da outra de ser indenizada, quando o comportamento do que rompeu as negociações significar uma grave quebra de dever de correção durante as negociações contratuais. Esta exige, em regra, a constatação de comportamento doloso.”¹⁰¹

Como já dito, é inerente das pessoas um direito potestativo de decidir entre contratar ou não. Assim, não devemos falar tão somente na culpa surgida pela ruptura nas negociações de um contrato, mas também, e isto é muito

¹⁰⁰ PEREIRA, Régis Fichtner. **A responsabilidade pré-contratual...** op. cit. pág.316.

¹⁰¹ BGH, V ZR 332/94, de 29 de março de 1996. In. PEREIRA, Régis Fichtner. **A responsabilidade pré-contratual...** ob. cit. pág.318.

significativo, na culpa surgida em decorrência do comportamento adotado pelo contraente, em dar a falsa impressão de que concluiria o contrato, causando na outra parte uma justa expectativa, ou ainda pela negativa de informação a respeito de uma impossibilidade de concluir-se o contrato, levando a outra parte a confiar na sua realização que na verdade é impossível.

Ressalte-se que verificação da existência de culpa na responsabilidade pela ruptura das negociações não está expressamente vinculada à existência de um justo motivo para tal. Por certo, se houve justo motivo, a responsabilização está totalmente afastada. Já na hipótese de não haver justo motivo, não serão em todos os casos que a responsabilização será caracterizada, tendo em vista o direito potestativo inerente a todas as pessoas de contratar ou não. Assim, como visto, a responsabilização só será caracterizada no caso de não haver justo motivo para a ruptura e, ao mesmo tempo, esta ruptura causar dano à outra parte, como será visto adiante.

Portanto, para que a responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais seja configurada, um elemento de fundamental importância é a existência de culpa por parte do contraente que rompeu com as negociações.

Para a caracterização da culpa na ruptura, é necessário, como já dito, a violação do princípio da boa-fé objetiva. O art. 422 do Código Civil de 2002 determina expressamente que os contraentes são obrigados a manter, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. Esta é uma regra geral de boa-fé que é estabelecida no âmbito contratual, mas pode ter sua interpretação estendida para o âmbito da responsabilidade pré-contratual.

Segundo a doutrina e a jurisprudência dominantes, age com culpa o contraente que viola os deveres impostos pela boa-fé objetiva, deveres estes já extensivamente explicados no Capítulo I deste estudo.

Desta forma, no que tange à culpa decorrente da violação do princípio da boa-fé, são requisitos cumulativos para o reconhecimento da responsabilidade pela

ruptura das negociações contratuais, a inexistência de um justo motivo para a ruptura, assim como a criação de uma razoável confiança gerada na parte prejudicada, da conclusão do contrato.¹⁰²

a) A inexistência de um justo motivo para a ruptura das negociações

Como já referido anteriormente, a existência de uma justa causa para a ruptura das negociações contratuais sempre torna tal ato legítimo, livrando a parte de tomou tal atitude de qualquer tipo de responsabilização pelos prejuízos causados na parte contrária. O que se busca, portanto, é a definição do que possa ser um justo motivo para ruptura em questão.

Assim, a questão do justo motivo deve ser encarada com muito cuidado pelos juristas, para que o efetivo justo motivo seja caracterizado e a ausência dele possa ser punida. É certo que não pode ser exigida nenhuma conduta heróica das partes, no sentido de que estas deveriam sacrificar seus interesse em nome de uma negociação já iniciada.

A caracterização de um justo motivo, ou de sua ausência, deve sempre estar baseada na conduta exigida de um homem médio, segundo os deveres gerais de boa-fé já relatados.

Segundo Fichtner, um dos elementos que podem ser utilizados para a caracterização do justo motivo para a interrupção, diz respeito a averiguação do exato momento em que surgiu o motivo que levou à desistência do negócio. Caso o motivo já existisse anteriormente, sem que nenhum dos contraentes manifestasse qualquer ressalva quanto a eles, e este motivo venha a ser posteriormente alegado como justificativa para a ruptura, tal motivo, por mais justo que possa ser, não deve receber aceitação pela outra parte, que passa a ter direito a indenização.

¹⁰² PEREIRA, Régis Fichtner. **A responsabilidade pré-contratual...** op. cit. pág.321.

Já no caso de um dos contraentes resolver que a negociação empenhada não preenche mais as suas necessidades, em razão de um elemento que tenha surgido supervenientemente, pode ele alegar este elemento como justo motivo para a ruptura, sem que sofra qualquer responsabilização por isto.

Assim, é consenso geral de doutrina e jurisprudência, que no caso de haver conflito entre o sacrifício de um interesse próprio e o sacrifício de um interesse alheio, deve prevalecer o interesse próprio, sem que a isto seja imputada qualquer quebra do princípio geral de boa-fé.¹⁰³

Desta forma, a culpa pela ruptura, que é investigada na fase pré-contratual, consiste em se configurar a ausência de boa-fé do contraente durante as negociações.

b) A existência da confiança na conclusão da negociação

Outro fundamental elemento caracterizador da responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais é a existência da confiança que é criada na parte diversa de que o contrato será efetivamente realizado. Assim, em existindo confiança, caso haja a ruptura injustificada das negociações, e tendo tal ruptura causado dano à parte, estará configurada a responsabilização daquele que rompeu, pelos danos causados.

Ponto importante de ser destacado é a efetiva caracterização da existência de confiança depositada pelas partes na conclusão do negócio. A justiça italiana tem entendido que uma das formas de se demonstrar que, efetivamente, existia boa-fé e, também, confiança depositada pela parte na realização do contrato, seria a prova de que uma das partes realizou despesas em vistas da realização do futuro contrato.

¹⁰³ PEREIRA, Régis Fichtner. **A responsabilidade pré-contratual...** op. cit. pág.323.

Como exemplo, cite-se o caso julgado pela Corte de Cassação italiana datado de 17 de junho de 1974, onde tal posicionamento foi reafirmado. Referido julgamento tratou-se de uma pessoa que através de uma carta efetivou proposta à outra. Ocorreu que, após o destinatário da carta ter realizado despesas como objetivo da conclusão do contrato, o então proponente desistiu do negócio e encerrou as tratativas. A Corte de Cassação italiana, então, concluiu pela responsabilização do proponente, tendo em vista que o mesmo através do envio da carta, incutiu na outra parte a confiança na conclusão do contrato e, após a outra parte ter realizado despesas, sem qualquer justificativa veio a romper as negociações.¹⁰⁴

O significado do termo “confiança” não é muito certo. Pelo contrário, trata-se de um significado indeterminado, cujo sentido fica estabelecido no meio termo entre a esperança e a certeza. Normalmente o significado atinge os aspectos jurídico, ético e vulgar.

Segundo entendimento de Régis Fichtner, no sentido vulgar, a quebra da confiança se dá sempre que alguém frustra as expectativas da outra pessoa. Já no campo jurídico, a confiança que uma pessoa incute na outra, de que a negociação existente entre elas é para valer, possui sentido mais restrito do que aquele dado no campo do sentido vulgar. No campo da ética, tal entendimento dá a entender, na maior parte das situações, de que a partir do início das negociações, estaria estabelecido um dever moral de uma parte para com a outra, na conclusão do contrato. isto se dá em virtude de que, no campo ético, o que se busca é o alcance de um comportamento muito além daquele padrão médio estabelecido, o que seria inviável do ponto de vista jurídico.¹⁰⁵

No sentido jurídico, a confiança em questão é tal de caráter qualificado, decorrente de atos materiais adotados pela outra parte, confiando em que as partes chegarão a um consenso.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Cf. acórdão 1781 da Corte de Cassação italiana. In: NANNI, Luca. **La buona fede contrattuale**. Padova. CEDAM, 1998. pág. 8/9.

¹⁰⁵ PEREIRA, Régis Fichtner. **A responsabilidade pré-contratual...** op. cit. pág.330/331.

¹⁰⁶ PEREIRA, Régis Fichtner. Idem, Ibidem.

Não se trata, portanto, de mera confiança de uma parte de que o contrato será efetivamente celebrado. Trata-se, pois, de uma confiança qualificada, baseada na constatação da existência de fatores objetivos que possam levar a verdadeira e fundada confiança de que o negócio projetado será de fato concluído.

Ponto importante e de grande influência na caracterização da existência ou não de boa-fé objetiva quando da interrupção por uma das partes da negociação empenhada, é justamente o aspecto objetivo da avaliação do estágio alcançado pelas partes nas tratativas. Através da análise destes aspectos, é possível comprovar-se com mais certeza a existência da legítima confiança das partes, tendo em vista a quantidade de tempo que já haviam despendido com as negociações. Assim, é possível afirmar que, quanto mais longo for o tempo despendido nas fases negociatórias, maior pode-se dizer que é a confiança estabelecida entre os contraentes de que o contrato projetado será efetivamente realizado, bem como que nenhuma das partes irá romper as negociações sem que haja um justo motivo para tanto.

A título ilustrativo, veja-se o exemplo dado por Mário Júlio de Almeida Costa, onde é possível identificar a existência da culpa necessária a gerar responsabilidade pré-contratual pela não conclusão do contrato:

“(...) a sociedade A mantém, desde há vários anos, o exclusivo da venda, em certa região, das viaturas automóveis produzidas pela sociedade B; antes do termo do contrato e como condição da sua renovação, a sociedade B apresenta à sociedade A determinadas exigências, que consistem na modernização das respectivas oficinas, e na aquisição de um certo quantitativo de peças sobressalentes; a sociedade A não só transforma as oficinas, tendo previamente submetido o projeto à aprovação dos técnicos da sociedade B, como lhe adquire maquinaria e peças sobressalentes indicadas; porém, chegada a altura própria, a sociedade B recusa-se, sem motivo justificado, a renovar o contrato.”¹⁰⁷

¹⁰⁷ COSTA, Mário Júlio de Almeida Costa. **Responsabilidade civil pela ruptura...**, op. cit, pág. 56.

Pelo exemplo dado, verifica-se claramente a existência de dever de responsabilização da sociedade 'B', que deve assumir todos os prejuízos suportados por 'A', tudo isto com base na responsabilidade pré-contratual pela ruptura das negociações.

c) O dano causado

Como dito anteriormente, é requisito fundamental para a configuração de responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais, a existência de um efetivo dano sofrido.

Com efeito, como em qualquer outra espécie de responsabilidade civil, a responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais somente pode ser caracterizada nos casos em que, do ato praticado, tido como lesivo, tenha efetivamente surgido algum tipo de dano para o titular do direito ou do interesse lesado.

Assim, o que se coloca em debate neste momento é justamente a caracterização de que espécies de danos passíveis de indenização podem ser detectados pela ocasião de uma ruptura injustificada das negociações contratuais.

De acordo com a doutrina tradicional, ainda muito forte atualmente, os danos capazes de gerar responsabilidade pré-contratual, são de natureza negativa ou de confiança¹⁰⁸, ou seja, aqueles que o lesado sofreu em decorrência de não ter realizado o contrato sobre o qual estava negociando e o qual possuía convicção legítima de que seria concretizado. Assim, os danos consubstanciariam nas perdas sofridas com a celebração do contrato ou com as atividades empenhadas em vista desta conclusão além das ocasiões negociais perdidas em virtude de ter o lesado depositado sua legítima

¹⁰⁸ COSTA, Mário Júlio de Almeida Costa. **Responsabilidade civil pela ruptura...**, op cit, pág. 73.

confiança na conclusão das tratativas.¹⁰⁹ Esta é a teoria do interesse negativo.¹¹⁰

De outra banda, há a figura do interesse positivo, que desde já se afirma que não é caso de incidência de responsabilidade pré-contratual. O interesse positivo refere-se aos danos decorrentes do não cumprimento do contrato, ou de seu cumprimento defeituoso ou tardio. Assim, vê-se claramente não tratar a responsabilidade pré-contratual de caso de interesse positivo, tendo em vista que esta pauta-se estritamente nos danos ocorridos antes da realização do contrato (na fase *in contrahendo*), e a positiva, pode-se dizer que seria derivada da infringência de um dever prévio de celebração do contrato.¹¹¹

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já apreciou a questão, por ocasião do julgamento de um Recurso Extraordinário, julgado em 22/12/1959, tendo como Relator o Ministro Villas Boas:

*“CULPA IN CONTRAHENDO – Conceito. A verificação da responsabilidade dela derivada se faz pela soma dos prejuízos efetivos, diretamente emanados da sua ocorrência, excluídos os lucros cessantes e outras parcelas não compreendidas no denominado “interesse negativo”. Recurso não provido, sem embargo do provimento do agravo para a subida dos autos.”*¹¹²

Verifica-se, assim, que o verdadeiro objetivo da responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais é de exatamente se conceder uma compensação adequada pela não realização de um negócio jurídico tido como certo. Normalmente, porém, a indenização devida não guarda qualquer relação com o

¹⁰⁹ PRATA, Ana. **Notas sobre responsabilidade pré-contratual**. Lisboa, 1991. Pág. 166/167.

¹¹⁰ Neste sentido, veja-se entendimento de COSTA, Mário Júlio de Almeida Costa. **Responsabilidade civil pela ruptura...**, op. cit, pág. 74: “quando se atende ao interesse negativo, é ressarcível o dano resultante da violação da confiança de uma das partes na probidade e lisura do procedimento da outra por ocasião dos preliminares e da formação do contrato. Quer dizer, encaram-se os prejuízos que o lesado evitaria se não houvesse, sem culpa sua, confiado em que, durante as negociações, o responsável cumpriria os específicos deveres a ela inerentes e derivados do imperativo da boa-fé, máxime, convencendo-se que a manifestação de vontade deste entraria no mundo jurídico tal como esperava, ou que tinha entrado, correcta e validamente.”

¹¹¹ COSTA, Mário Júlio de Almeida Costa. **Responsabilidade civil pela ruptura...**, op. cit, pág. 74.

¹¹² RTJ137, pág. 278. In: PEREIRA, Régis Fichtner. **A responsabilidade pré-contratual...** op. cit. pág.381

resultado que seria auferido pelo contraente no caso de o contrato ter sido celebrado. Pelo contrário. Os danos indenizáveis, segundo a teoria do interesse negativo, serão os que a parte sofreu em virtude de ter confiado na outra parte.

Somente em poucas hipóteses, excepcionais, é que a indenização poderá englobar o que a parte obteria com a concretização da negociação que foi rompida, como no caso de que a infringência dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva, a parte contrária ficaria impedida de realizar contrato semelhante com outra pessoa. Um exemplo disto é o famoso “caso dos tomates”, a ser comentado na seqüência do trabalho.

Questão ainda que se coloca importante na análise dos danos, é a da limitação do dano negativo pelo montante do dano positivo, assunto que ainda gera certa polêmica.

Mário Júlio de Almeida Costa observa que a responsabilidade não deve ser limitada, tendo em vista que ela *“destina-se a ressarcir os danos sofridos pelo lesado que se encontrem numa relação de causalidade adequada para com o facto gerador da responsabilidade.”*¹¹³ O mesmo autor faz ainda uma ponderação com base na equidade, onde assevera que *“não parece razoável que o lesado possa ser colocado pela ruptura das negociações, numa situação mais vantajosa do que a que conseguiria se o contrato que as mesmas visavam se tivesse consumado.”*¹¹⁴

Na opinião de Régis Fichtner, no entanto, vai contra o que foi defendido por Mario Júlio de Almeida Costa, tendo em vista que, imaginando-se uma situação de que alguém inicie negociações com outra pessoa somente com o objetivo de impedi-la de negociar com terceiro, e sem nenhum interesse concreto em concretizar o negócio. Neste caso, segundo Fichtner, a responsabilidade tem seu fundamento na conduta dolosa, não parecendo razoável que se limite a

¹¹³ COSTA, Mário Júlio de Almeida Costa. **Responsabilidade civil pela ruptura...**, op. cit, pág. 84.

¹¹⁴ Idem.

indenização do prejudicado aquilo que ele poderia obter com a concretização do negócio que foi rompido.¹¹⁵

Há também a possibilidade de ser detectado dano moral em sede de responsabilidade pela ruptura injustificada das negociações contratuais. Mário Júlio de Almeida Costa, ilustra esta possibilidade com um exemplo esclarecedor.

“A entra em negociações com o pintor B, para que este retrate sua mãe, C, pessoa idosa e doente. Em virtude das expectativas que B lhe cria, A rejeita uma proposta de D, igualmente artista qualificado. Mas B acaba por romper ilegitimamente essas negociações, deixando A sem possibilidade de, em tempo útil, contratar outro pintor antes da morte de C. Na hipótese, o dano não patrimonial refere-se ao desgosto de A por não conseguir mais um retrato de sua mãe pintado ao vivo”¹¹⁶

d) nexo de causalidade

Como quarto e último requisito necessário para que se configure a responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais, assim como qualquer outra espécie de responsabilidade civil, é de fundamental importância a existência de nexo de causalidade entre o ato da ruptura por parte do contraente, e o dano sofrido pelo outro que teve suas expectativas frustradas.

No âmbito da responsabilidade pela ruptura injustificada das negociações contratuais, a questão do nexo de causalidade é tratada de igual forma que as demais espécies de responsabilidade civil, tendo somente uma talvez uma maior dificuldade na sua caracterização, tendo em vista tratar-se de questões que não podem ser pontualmente caracterizadas, variando de caso a caso, tendo em vista os diferentes níveis de confiança estabelecidos nas negociações contratuais.

¹¹⁵ PEREIRA, Régis Fichtner. **A responsabilidade pré-contratual...** ob. cit. pág.391.

¹¹⁶ COSTA, Mário Júlio de Almeida Costa. **Responsabilidade civil pela ruptura...**, pág. 82.

De qualquer maneira, a relação causa e efeito está muito presente na esfera da responsabilidade pela ruptura injustificada das negociações contratuais, sendo requisito indispensável para a sua caracterização.

4.2.3 – Caso típico tratado no Direito Brasileiro.

Neste momento faz-se necessário, a título ilustrativo, e exemplificativo, a menção a alguns casos de relevante importância no direito brasileiro, que tiveram a função de consolidar o entendimento acerca da responsabilidade pela ruptura injustificada das negociações contratuais. Dos tribunais pátrios, grande destaque nesta área deve ser dado à justiça do Rio Grande do Sul, sempre pioneira na análise de assuntos ainda pouco abordados pela doutrina brasileira.

Como primeiro caso a ser relatado, e talvez o mais importante deles dentro do cenário nacional, foi o caso dos tomates ocorrido no Estado do Rio Grande do Sul. Veja-se a ementa do julgado:

CONTRATO – TRATATIVAS – "CULPA IN CONTRAHENDO" – RESPONSABILIDADE CIVIL. *Responsabilidade da empresa alimentícia, industrializadora de tomates, que distribui sementes, no tempo do plantio, e então manifesta a intenção de adquirir o produto, mas depois resolve, por sua conveniência, não mais industrializá-lo, naquele ano, assim causando prejuízo ao agricultor, que sofre a frustração da expectativa de venda da safra, uma vez que o produto ficou sem possibilidade de colocação. Provimento em parte do apelo, para reduzir a indenização a metade da produção, pois uma parte da colheita foi absorvida por empresa congênere, as instancias da re. Voto vencido, julgando improcedente a ação. (12fls - d.) (Apelação Cível Nº 591028295, Quinta Câmara Cível, Tribunal De Justiça Do Rs, Relator: Ruy Rosado De Aguiar Júnior, Julgado Em 06/06/1991)*

O julgado ementado acima, originou-se de em decorrência de que agricultores da cidade de Canguçu, na parte sul do Estado do Rio Grande do Sul, tinham como certo o plantio anual de tomates, a partir de sementes que lhes eram

dadas pela Companhia Industrial de Conservas Alimentícias – Cica, que na época oportuna adquiria toda a produção para posterior industrialização. Tal procedimento era comum, e ocorria todo ano da mesma maneira, de modo a gerar entre os agricultores da região uma confiança legítima de que no ano seguinte tudo seria procedido de igual forma, tendo em vista ser a Cica uma das maiores empresas do Brasil no gênero alimentício.

Ocorre que, quando da safra de 87/88, a Cica, após dar comportar-se como todos os anos anteriores, distribuindo sementes aos agricultores, simplesmente deixou de adquirir o produto da safra, deixando os agricultores sem ter para quem vender sua produção, já que contavam como certa a compra por parte da Cica, que foi quem lhes tinha proporcionado as sementes.

Diante desta situação, foi pleiteada indenização por vários agricultores da região, pelos danos sofridos, tendo em vista que a produção foi perdida por não terem a quem vender.

No julgamento de um deles, a questão foi resolvida em grau de apelação, tendo como fundamento *“a concreção do princípio da boa-fé objetiva, consistente na afirmação do dever da pré-contratante de não fraudar as expectativas legitimamente criadas, pelos seus próprios atos”*¹¹⁷, tendo como de fundamental importância para o julgamento, as seguintes considerações:

- “a) a existência de prova do relacionamento da empresa com os produtores: esta entrava em contato com os agricultores através de intermediários, os transportadores, encarregados de distribuir as sementes na época do plantio e recolher o produto na época da colheita;*
- b) a habitualidade do procedimento, nos anos anteriores, concretizando, assim, uso de tráfego jurídico, naquela específica situação;*
- c) o fato de na safra 87/88, a companhia ter sido comunicada pelos transportadores de que haveriam “muitos agricultores querendo plantar”, o que*

¹¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...* op. cit. pág. 474.

motivou a sua decisão de doar as sementes, entregando-as aos transportadores;

d) a circunstância de, habitualmente, não existir contrato escrito de promessa de compra e venda, mas tão só “uma intenção da Cica de comprar o produto, se lhe fosse conveniente”, conveniência esta que não se manifestara na indigitada safra porque, em relação à “quantidade de produto que entraria, constatou-se que era pouca para a mobilização que deveria ser feita na empresa”;

e) a existência de prova da distribuição das sementes na safra 87/88.”¹¹⁸

Pela análise do julgamento relatado acima, é possível identificar-se claramente todos os pressupostos da responsabilidade pela ruptura injustificada das negociações contratuais abordados neste trabalho e, em especial, a concreta incidência da quebra do princípio da boa-fé objetiva em tais casos.

Veja-se algumas outras ementas interessantes:

RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL – CULPA “IN COTRAHENDO” – ALIENACAO DE QUOTAS SOCIAIS. – É possível o reconhecimento da responsabilidade pré-contratual, fundada na boa-fé, para indenização das despesas feitas na preparação do negocio que não chegou a se perfectibilizar por desistência de uma das partes. No caso, porem, o desistente agiu justificadamente. Cessão da totalidade das ações por quem apenas detinha parte do capital. (Apelação Cível Nº 591017058, Quinta Câmara Cível, Tribunal De Justiça Do Rs, Relator: Ruy Rosado De Aguiar Júnior, Julgado Em 25/04/1991)

RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL OU CULPA IN CONTRAHENDO. – Tendo havido tratativas sérias referentes à locação de imóvel, rompidas pela requerida sem justificativa e sem observância dos deveres anexos decorrentes do princípio da boa-fé objetiva, cabe indenização. Lições doutrinárias. Apelo provido em parte. (Apelação Cível Nº 598209179, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal De Justiça Do Rs, Relator: Helena Ruppenthal Cunha, Julgado Em 19/08/1998)

¹¹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...* op. cit. pág. 475/476.

5 – CONCLUSÃO – A importância da boa-fé objetiva no estudo da responsabilidade pré-contratual

Diante de tudo o que foi exposto e debatido neste trabalho, proponho como conclusão uma ressalva à fundamental importância da boa-fé objetiva na análise e compreensão da responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais.

Todo o entendimento acerca da responsabilidade pela ruptura injustificada das negociações contratuais é fundamentalmente pautado na questão da boa-fé objetiva, que pode ser analisada sob dois vieses diferentes: o do comportamento exemplar, correto, o chamado *standard* de comportamento, baseado na honestidade e retidão do contraente, e o efeito deste comportamento, também derivado da boa-fé objetiva, qual seja, a confiança legítima que é gerada na contraparte. Confiança esta de que a negociação será efetivamente concluída, e que, como foi visto, se injustamente rompida, gerando danos, o seu causador incide em hipótese de responsabilidade pré-contratual.

Como visto em nosso trabalho, o instituto da *confiança*, decorrente da boa-fé objetiva, sendo um dos alicerces da responsabilidade pela ruptura injustificada das negociações contratuais, está a merecer, cada vez mais, uma maior atenção por parte dos nossos juristas. Preocupação que teve seu início com Pontes de Miranda, em seu Tratado de direito privado, em cujo trecho vale a pena ser transcrito.

“O que em verdade se passa é que todos os homens têm de portar-se em com honestidade e lealdade, conforme os usos do tráfego, pois daí resultam relações jurídicas de confiança e não só relações morais. O contrato não se elabora às súbitas, de modo que só importe a conclusão, e a conclusão mesma supõe que cada figurante conheça o que vai receber e o que vai dar. Quem se

dirige a outrem, ou invita outrem a oferecer, ou expõe ao público, capta a confiança indispensável aos tratos preliminares e á conclusão do contrato."¹¹⁹

Muito embora Pontes de Miranda não estivesse tratando especificamente da boa-fé no trecho em destaque, o que se pode dali extrair é que é justamente na confiança ali relatada é que se situa a fonte da relação jurídica estabelecida entre os contraentes, relação esta pautada nos deveres da boa-fé, que são, o dever de verdade, esclarecimento, atenção aos interesses alheios, comunicação, explicação e de conservação os quais nascem a partir da necessidade de confiança no trafico.¹²⁰

De tudo se extrai que a responsabilidade pela ruptura injustificada das negociações contratuais é um instituto jurídico totalmente vinculado à boa-fé objetiva, que pode ser representada pelas suas diversas manifestações, como a confiança, a questão do *venire contra factum proprium*¹²¹ e a retidão de comportamento exigido de todo e qualquer contraente.

Ressalte-se que, tendo em vista não tratar-se de um tema bem regulamentado pelo nosso direito positivo (no que tange à boa-fé no período pré-negocial), a questão merece atenção especial tanto da doutrina quanto, e principalmente, dos julgadores, que deverão decidir de forma abalizada de modo a criar-se uma segurança jurídica acerca das obrigações provenientes do período pré-contratual.

¹¹⁹ PONTES DE MIRANDA, F.C. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: J. Ribeiro, 1954. §§4.242 e 4.243, pág. 321. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado...** ob. cit. pág. 507.

¹²⁰ PONTES DE MIRANDA, F.C. Idem, pág. 322.

¹²¹ Sobre o assunto ver também em PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Percurso teórico da boa-fé e sua recepção jurisprudencial no direito brasileiro....** ob. cit. pág.225/230.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **A boa-fé na relação de consumo**. . In: Revista de Direito do Consumidor n. 14, São Paulo: RT, 1995, pág. 20-27.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de Azevedo. **Comentários sobre o projeto do código civil brasileiro**. Série cadernos do CEJ, V 20. Brasília: CJF, 2002.

_____. **Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum**. In: Revista de Direito do Consumidor n. 18, São Paulo: RT, 1996, pág. 23-31.

CAPPELARI, Eduardo Récio. **Responsabilidade pré-contratual: aplicabilidade ao direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

CAMPOS, Maria Luiza de Sabóia. **Publicidade: Responsabilidade civil perante o consumidor**. São Paulo: Cultural Paulista, 1996.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato**: Separata da revista de legislação e jurisprudência. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. **Aspectos Modernos do Direito das Obrigações**. In: Estudos de direito civil brasileiro e português (I jornada luso-brasileira de direito civil). São Paulo: RT, 1980.

COUTO e SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976

_____. **O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português**. In: Estudos de direito civil brasileiro e português (I jornada luso-brasileira de direito civil). São Paulo: RT, 1980.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 2 ed. São Paulo: RT, 1995.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **A incidência do princípio da boa-fé no período pré-negocial: reflexões em torno de uma notícia jornalística**. . In: Revista de Direito do Consumidor n. 04, São Paulo: RT, 1992, pág. 140-172.

_____. **O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais do projeto do novo código civil**. In: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, n. 15, Porto Alegre, UFRGS/Síntese, 1998, pp.129-154

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **A boa-fé no direito civil:** Dissertação de doutoramento em ciências jurídicas na faculdade de direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Livraria Almedina, 1984.

MUNIZ, Francisco José Ferreira. **O princípio geral de boa-fé como regra de comportamento contratual.** In Textos de direito civil Curitiba: Juruá, 1998.

GOMES, Rogério Zuel. **Teoria contratual contemporânea:** função social do contrato e boa-fé. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Régis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual:** teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. **A boa-fé no direito. O princípio da boa-fé objetiva no direito privado alemão e brasileiro.** Revista Síntese Trabalhista, n. 103 – Janeiro/1998.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Percurso teórico da boa-fé e sua recepção jurisprudencial no direito brasileiro:** tese de doutorado. Curitiba: UFPR, 2004.

PRATA, Ana. **Notas sobre responsabilidade pré-contratual.** Lisboa: 1991.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria das obrigações e teoria geral dos contratos.** vol. 02, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____ **A boa-fé contratual no novo Código Civil.** In: www.societario.com.br/demarest/svboafe.html

WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fé..** Madrid: Cuadernos Cívitas, 1982.